

**Zeitschrift
des Bernischen
Juristenvereins**

**Revue
de la société
des juristes
bernois**

152. Jahrgang
Erscheint
jeden Monat
November
2016

11 2016

www.zbjv.ch

ZBJV

Organ für schweizerische
Rechtspflege
und Gesetzgebung

Redaktoren
Prof. Dr. Jörg Schmid
Prof. Dr. Sibylle Hofer

Stämpfli
Verlag AG
Bern



Stämpfli Verlag

Inhaltsverzeichnis

Abhandlungen

- 767** Zusammenwirken von Güterrecht und Erbrecht
Von Prof. Dr. ALEXANDRA JUNGO, Freiburg
- 785** Die mietrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2015
Veröffentlicht in Band 141
Von Prof. Dr. THOMAS KOLLER, Bern

Aktuell aus dem Bundesgericht

- 834** Recevabilité des nouveaux griefs d'ordre constitutionnel
devant le Tribunal fédéral
Par lic. iur. CHRISTOPHE TISSOT, Lausanne
- 837** Keine Haftung der Unfallverursacherin für den Schaden
des Ehemanns des unmittelbaren Unfallopfers
Von Dr. iur. LEONORA MARTI-SCHREIER, Bern/Lausanne
- 842** Mutterschaftsversicherung:
Anspruch auf Mutterschaftsentschädigung bei Arbeitslosigkeit
ohne Bezug von Arbeitslosentaggeldern
Von MARCEL ATTINGER, Zürich

Impressum

Herausgeber

Stämpfli Verlag AG, Wölflistrasse 1, Postfach, 3001 Bern

Tel. 031 300 63 12, Fax 031 300 66 88

E-Mail verlag@staempfli.com, Internet www.staempfli.com

Verantwortliche Redaktoren

Prof. Dr. JÖRG SCHMID, Luzern, Prof. Dr. SIBYLLE HOFER, Bern

Redaktionelle Mitarbeiter:

Prof. Dr. REGINA AEBI-MÜLLER, Luzern; Dr. BERNHARD BERGER, Bern; Prof. Dr. FELIX BOMMER, Luzern; Kantonsrichter ROLF BRUNNER, St. Gallen; Oberrichter Dr. RUEDI BÜRGI, Aarau; Prof. Dr. THOMAS GÄCHTER, Zürich; Prof. Dr. HEINZ HAUSHEER, Bern; Prof. Dr. BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, Freiburg; Prof. Dr. MARC M. HÜRZELER, Basel; Kantonsgerichtsschreiber LOUIS ISELI, Luzern; Prof. Dr. MANUEL JAUN, Bern; Bundesgerichtsschreiber Dr. MARTIN KOCHER, St. Gallen; Prof. Dr. THOMAS KOLLER, Bern; Prof. Dr. JÖRG KÜNZLI, Bern; Prof. Dr. PETER V. KUNZ, Bern; Prof. Dr. CHRISTOPH LEUENBERGER, St. Gallen; Prof. Dr. ANDREAS LIENHARD, Bern; Kantonsgerichtsschreiberin INES MEIER, Luzern; Prof. Dr. MARKUS MÜLLER, Bern; Prof. Dr. PETER POPP, Zug/Bern; Prof. Dr. WOLFGANG PORTMANN, Zürich; Dr. iur. THERES OERTLI SCHMID, Zürich; Kantonsrichter Dr. LIONEL SEEBERGER, Sitten; Prof. Dr. PIERRE TSCHANNEN, Bern; Prof. Dr. AXEL TSCHENTSCHER, Bern; Dr. FRIDOLIN WALTHER, Bern; Prof. Dr. STEPHAN WOLF, Bern/Thun; Prof. Dr. JUDITH WYTENBACH, Bern.

Abonnemente

Mitgliedschaft Bernischer Juristenverein mit ZBJV inkl. Online-Archiv CHF 166.–, Printabo für Mitglieder des Luzernischen Juristenvereins inkl. Online-Archiv CHF 139.–

Abonnementspreise Zeitschrift inkl. Online-Archiv:

Schweiz CHF 157.–, Ausland CHF 199.–,

Abopreis reine Online-Ausgabe CHF 121.–,

Einzelheft CHF 12.– (exkl. Versandkosten).

Preise inkl. MwSt. (Online: 8%/Print 2,5%) und Versandkosten.

www.zbjv.recht.ch

Bestellungen Abonnemente, Einzelnummern und Rezensionsexemplare:

Stämpfli Verlag AG, Periodika, Wölflistrasse 1, Postfach, 3001 Bern

Tel. 031 300 63 25

E-Mail periodika@staempfli.com, Internet www.staempfli.com/zeitschriften

Inserate: Stämpfli AG, Inseratemanagement, Wölflistrasse 1, Postfach, 3001 Bern,

Tel. 031 300 63 89

E-Mail inserate@staempfli.com, Internet www.staempfli.com/zeitschriften

Druck und Spedition: Stämpfli AG, Wölflistrasse 1, Postfach, 3001 Bern,

Tel. 031 300 66 66

E-Mail info@staempfli.com, Internet www.staempfli.com

Auflage: 2227 Exemplare notariell beglaubigt, ISSN 0044-2127 (Print)/

e-ISSN 2504-1444 (Online)

Die Aufnahme von Beiträgen erfolgt unter der Bedingung, dass das ausschliessliche Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung an den Stämpfli Verlag AG übergeht. Der Verlag behält sich alle Rechte am Inhalt der ZBJV vor. Insbesondere die Vervielfältigung auf dem Weg der Fotokopie, der Mikrokopie, der Übernahme auf elektronische Datenträger und andere Verwertungen jedes Teils dieser Zeitschrift bedürfen der Zustimmung des Verlags.

Die mietrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2015

Veröffentlicht in Band 141

Von Prof. Dr. THOMAS KOLLER, Bern^{1, 2}

Übersicht

- I. Nettorenditenberechnung; massgebender Zeitpunkt für die Berücksichtigung der Faktoren bei einem Mietzins-senkungsbegehren; Unterscheidung zwischen wertvermehr-
enden Investitionen und ausserordentlichem Unterhalt
(Art. 269, Art. 269b, Art. 270a und Art. 270c OR) BGE 141 III 245

- II. Beweis der Orts- und Quartierüblichkeit des Mietzinses;
Tragweite der sozialen Untersuchungsmaxime (Art. 269a lit. a
OR; Art. 243 Abs. 2 lit. c und Art. 247 Abs. 2 lit. a ZPO) BGE 141 III 569

1 Das Manuskript wurde am 6. September 2016 abgeschlossen.

Ich danke meinem Assistenten Manfred Strik, MLaw, Rechtsanwalt, für die Mithilfe bei den Vorbereitungsarbeiten sowie für die konstruktiv-kritische Durchsicht des Textes.

2 In dieser Rechtsprechungsübersicht werden die allgemeinen Kommentare zum schweizerischen Privatrecht mit den üblichen Abkürzungen (ZK = Zürcher Kommentar; BK = Berner Kommentar; BSK = Basler Kommentar; CHK = Handkommentar zum Schweizer Privatrecht) und bezogen auf die neusten Auflagen zitiert. Im Weiteren werden als Standardliteratur folgende Werke abgekürzt zitiert: DAVID LACHAT *et al.*, Mietrecht für die Praxis, 8. Aufl., Zürich 2009 (zit.: LACHAT/AUTORIN); Das schweizerische Mietrecht, Kommentar, hrsg. vom Schweizerischen Verband der Immobilien-Treuhänder SVIT (zit.: SVIT-KOMMENTAR), 3. Aufl., Zürich 2008; FRANÇOIS BOHNET/MARINO MONTINI (éditeurs), Droit du bail à loyer, Commentaire pratique, Bâle 2010 (zit.: CPRA BAIL-AUTORIN); Wohn- und Geschäftsraummiete – Beraten und Prozessieren im Immobiliarmietrecht, hrsg. von Jürg P. Müller, Basel 2016 (zit.: HAP IMMOBILIARMIETRECHT-AUTORIN); Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Kommentar, hrsg. von Alexander Brunner/Dominik Gasser/Ivo Schwander, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016 (zit.: AUTORIN, DIKE-Komm-ZPO); Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), hrsg. von Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016 (zit.: AUTORIN, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm.); RICHARD PÜNTENER, Zivilprozessrecht für die Mietrechtspraxis, Basel 2016 (zit.: PÜNTENER, Mietrechtspraxis).

- III. Beginn der Kündigungssperrfrist während eines Schlichtungsverfahrens (Art. 271a Abs. 1 lit. d OR; Art. 62 Abs. 1 ZPO) BGE 141 III 101
- IV. Parteientschädigung «für» das Schlichtungsverfahren (Art. 113 Abs. 1 Satz 1 ZPO) BGE 141 III 20
- V. Ordnungsbusse bei unentschuldigtem Fernbleiben einer Partei von der Schlichtungsverhandlung (Art. 128, Art. 204 und Art. 206 ZPO) BGE 141 III 265
- VI. Wahl einer Vertreterin des Mieterinnen- und Mieterverbandes in die paritätische Schlichtungsbehörde (Art. 200 Abs. 1 ZPO) BGE 141 III 439
- VII. Vertretung einer juristischen Person vor der Schlichtungsbehörde; ein faktisches Organ genügt nicht (Art. 204 Abs. 1 ZPO) BGE 141 III 159
- VIII. Summarexmission während eines hängigen Kündigungsanfechtungsverfahrens (Art. 64 Abs. 1 lit. a und Art. 257 ZPO) BGE 141 III 262
- IX. Schiedsgutachten bei Streitigkeiten über die Miete und Pacht von Wohnräumen (Art. 189, Art. 354 und Art. 361 Abs. 4 ZPO)? BGE 141 III 201

I. **Nettorenditenberechnung; massgebender Zeitpunkt für die Berücksichtigung der Faktoren bei einem Mietzinssenkungsbegehren; Unterscheidung zwischen wertvermehrenden Investitionen und ausserordentlichem Unterhalt (Art. 269, Art. 269b, Art. 270a und Art. 270c OR)**

*BGE 141 III 245 (4A_606/2014) = Pra 2016 Nr. 33
S. 286 ff. = MRA 2015, 183 ff. = mp 2015, 260 ff.*

HANS BÄTTIG (MRA 2015, 183 ff., 205) formuliert es in seiner Besprechung dieses Urteils treffend: «Das Bundesgericht hat nun innert kurzer Frist zwei als Leitentscheide bezeichnete Urteile (den bereits mehrfach zitierten BGE 140 III 433 und den vorliegenden Entscheid ...) zur Frage der Nettorendite gefällt, von denen es so schnell nicht abweichen wird. *Die damit verbundenen Fragen und Abklärungen sind selbst für Mietrechtsspezialisten ohne erheblichen Aufwand kaum zu bewältigen.*» (Hervorhebung hinzugefügt). Letzteres gilt

nicht nur für die Umsetzung der (anschliessend zu skizzierenden) bundesgerichtlichen Rechtsprechung im mietrechtlichen Alltag, sondern auch und gerade für die Analyse dieser Rechtsprechung selbst. Eine solche Analyse soll nachfolgend bis zu einem gewissen Grad versucht werden. Dort, wo ich damit an meine Grenzen stossen werde, sei hier schon auf die ausführliche Urteilsbesprechung von BÄTTIG verwiesen.

A ist seit 1. April 1988 Mieter von Räumlichkeiten mit einer Fläche von 296 m² im Untergeschoss einer Liegenschaft in Lausanne, die er für den Betrieb einer Tanzschule benutzt. Die ursprüngliche Mietdauer belief sich auf fünf Jahre. Anschliessend verlängerte sich der Mietvertrag jeweils um fünf Jahre, sofern er nicht ein Jahr vor Ablauf gekündigt wurde. Der Mietzins ist indexiert; einmal jährlich kann er an den Landesindex der Konsumentenpreise angepasst werden. Vor der hier im Streit stehenden Mietzinsfestsetzung belief sich der zuletzt geschuldete Nettomietzins auf Fr. 2312.– pro Monat. In den Jahren 1988, 2007 und 2009 hatten die Vermieter zum Teil grössere Arbeiten an der Liegenschaft vornehmen lassen.

Mit Schreiben vom 29. November 2011 verlangte der Mieter per 31. März 2013 (d.h. auf den Beginn der sechsten fünfjährigen Mietperiode) eine Senkung des Mietzinses auf Fr. 1000.– pro Monat. *Zur Begründung machte er geltend, die Vermieter würden einen übersetzten Ertrag aus der Mietsache erzielen.* Zu diesem Zeitpunkt belief sich der Referenzzinssatz für Hypotheken auf 2,75%. Am 1. Dezember 2011 sank dieser Referenzzinssatz auf 2,5%. Weitere Senkungen folgten auf den 1. Juni 2012 (2,25%) und den 3. September 2013 (2%).

Im folgenden Gerichtsverfahren waren verschiedene Punkte strittig. Zum einen ging es um die Frage, ob bei der Ermittlung der zulässigen Nettorendite der im Zeitpunkt des Herabsetzungsbegehrens gültige Referenzzinssatz oder ein späterer Referenzzinssatz zu berücksichtigen ist. Zum andern stellte sich der Mieter auf den Standpunkt, dass bei der Nettorenditenberechnung nur die wertvermehrenden Arbeiten als Anlagekosten berücksichtigt werden dürften.

Vor dem erstinstanzlichen Mietgericht drang der Mieter mit seinem Anliegen nicht durch, da der zulässige monatliche Mietzins Fr. 2476.60 betrage und damit über dem geschuldeten Mietzins liege. Das Mietgericht vertrat die Auffassung, für die Berechnung massgebend sei der Referenzzinssatz im Zeitpunkt des Herabsetzungsbegehrens. Zudem folgte es der offenbar ständigen Praxis der Waadtländer

Gerichte, wonach sämtliche Eigenmittel, mit denen der Vermieter grössere Arbeiten finanziert, als Investitionskosten betrachtet werden können. Das Kantonsgericht Waadt wies die Berufung des Mieters gegen das erstinstanzliche Urteil ab. Im ersten strittigen Punkt bestätigte es die Auffassung der Vorinstanz. Die zweite strittige Frage liess es offen, da sie für den Ausgang des vorliegenden Verfahrens nicht entscheidend sei.

Mit Beschwerde in Zivilsachen verlangte der Mieter eine Festsetzung des monatlichen Nettomietzinses auf Fr. 1717.70 ab 1. April 2013. Das Bundesgericht hiess die Beschwerde mit Urteil vom 7. Juli 2015 teilweise gut und wies die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurück (vgl. zu diesem Urteil die bereits erwähnte ausführliche Besprechung von BÄTTIG, a. a. O., 197 ff., sowie die Kurzanalyse von JULIEN BROQUET, Calcul de rendement net de la chose louée et coûts d'investissement, Newsletter août 2015 [abrufbar unter http://www.bail.ch/fileadmin/media/images/Arrets_bail/2015_Newsletter_Aout/2_15_aout_Analyse_4A_606_2014.pdf], und die Hinweise bei MARZIA SCHILLECI, ius.focus 2015 Heft 8 Nr. 196, THOMAS GABATHULER/IRÈNE SPIRIG, plädoyer 3 [2016] 42 ff., 50, und MATTHIAS TSCHUDI, SJZ 2016, 330 ff., 332). Ob der Fall (der nach einem erneuten Entscheid der Waadtländer Gerichte wieder vor Bundesgericht gezogen werden kann) abgeschlossen sein wird, bevor sich im März 2017 die erneute Gelegenheit ergeben wird, den Mietzins zu überprüfen, ist damit fraglich (so zutreffend BÄTTIG, a. a. O., 205).

Den Ausgangspunkt des ganzen Streits bildet eine langjährige Praxis des Bundesgerichts, die im Urteil – wohl weil als allgemein bekannt vorausgesetzt – gar nicht erwähnt wird. Bei indexierten Mietzinsen (Art. 269b OR) kann unter Vorbehalt der Anfechtung des Anfangsmietzinses eine Partei vor der Schlichtungsbehörde an sich nur geltend machen, dass die von der andern Partei verlangte Erhöhung oder Herabsetzung durch keine entsprechende Änderung des Indexes gerechtfertigt sei (Art. 270c OR). Etwas Besonderes gilt aber beim Auslaufen des Zeitraumes, für den die Indexklausel vereinbart ist. *Auf diesen Zeitpunkt hin kann der Vermieter eine Erhöhung des Mietzinses bzw. der Mieter eine Herabsetzung des Mietzinses gestützt auf die absolute Methode verlangen, falls der Mietvertrag fortgesetzt wird* (BGE 123 III 76 E. 4c S. 80 ff.; vgl. dazu auch den Hinweis bei THOMAS KOLLER, ZBJV 2013, 21 ff., 50 f.). Das gilt nicht nur, wenn für den anschliessenden Zeitraum die Indexklausel entfällt, weil sich der Miet-

vertrag um weniger als fünf Jahre verlängert (BGE 123 III 76 E. 4a S. 77 f.), *sondern auch dann, wenn der Mietvertrag um mindestens fünf Jahre weiterdauern soll und die Indexklausel weiterhin gültig bleibt* (Urteile 4A_489/2010 und 4A_531/2010 vom 6. Januar 2011; zur Weitergeltung der Indexklausel bei einer Verlängerung der Mietdauer um mindestens fünf Jahre vgl. BGE 124 III 57 E. 3b S. 60, m.Hw. sowie insgesamt BGE 137 III 580). Letzteres ist nicht unproblematisch, geht doch das Bundesgericht in solchen Fällen – sachlich zu Recht – gleichzeitig vom *Prinzip der Indexkontinuität* aus (BGE 137 III 580), und zu diesem Prinzip steht die Möglichkeit jeder Partei, auf den Beginn einer neuen Indexperiode eine Mietzinsanpassung nach der absoluten Methode zu verlangen, in einem gewissen Wertungswiderspruch (THOMAS KOLLER, ZBJV 2013, 51). Zudem haftet der Neufestsetzung des Mietzinses mit Wirkung für die kommende (mindestens fünfjährige) Indexperiode etwas Zufälliges, ja Aleatorisches an, weshalb man sich mit BÄTTIG etwas maliziös fragen kann, ob dies dem Willen des Gesetzgebers und – soweit darin ein Unterschied liegen könne (sic!) – dem gesunden Menschenverstand entspreche (BÄTTIG, a. a. O., 198 f.). Wie dem auch sei, im vorliegenden Fall machte der Mieter auf den Beginn der neuen Indexperiode auf den 1. April 2013 hin von diesem Recht Gebrauch und verlangte die erwähnte Mietzinssenkung.

Wenden wir uns nun den beiden oben skizzierten strittigen Punkten zu.

a) Die Frage, ob bei der Ermittlung der zulässigen Nettorendite der im Zeitpunkt des Herabsetzungsbegehrens gültige Referenzzinssatz oder ein späterer Referenzzinssatz zu berücksichtigen ist, war im vorliegenden Fall wegen der langen Fristen von besonderer Brisanz (so ansatzweise auch BGE 141 III 245 E. 3.6 S. 250 f.). Im Zeitpunkt des Herabsetzungsbegehrens (29. November 2011) belief sich der Referenzzinssatz auf 2,75%. Wirksam werden sollte die Mietzinsherabsetzung auf den 1. April 2013 (und von da an bis zum 31. März 2018 wirksam bleiben), sofern das Mietverhältnis nicht spätestens ein Jahr vorher, also spätestens am 31. März 2012 von einer der Parteien gekündigt wurde. In der Zeit zwischen dem Herabsetzungsbegehren und dessen Wirksamwerden sank der Referenzzinssatz zweimal, nämlich auf 2,5% am 1. Dezember 2011 und auf 2,25% am 1. Juni 2012 (und nach dem 1. April 2013 sank er noch weiter).

Anders als die Vorinstanzen kam das Bundesgericht unter Berufung auf BGE 122 III 20 E. 4b S. 23 f. (nach einer Diskussion der Lehrmeinungen zu dieser Entscheidung aus dem Jahr 1996) zum Schluss, dass bei einem Mietzinsänderungsbegehren für die Nettoertragsberechnung die Faktoren in jenem Zeitpunkt massgebend seien, in welchem das Begehren spätestens ausgesprochen werden müsse, d. h. am letzten Tag, an welchem das Begehren der Post übergeben werden müsse, damit es die Gegenpartei binnen nützlicher Frist erreiche. *Für ein Mietzinsherabsetzungsbegehren sei dies der letzte Tag, an dem es der Post übergeben werden müsse, damit es dem Vermieter vor Beginn der Kündigungsfrist zugehe* (BGE 141 III 245 E. 3.4 S. 249 i. V. m. E. 3.6 S. 250 f. [Hervorhebung hinzugefügt]). In casu hätte das Begehren des Mieters dem Vermieter spätestens am 31. März 2012 zugehen müssen. Die Vorsicht gebiete es, das Begehren mit eingeschriebenem Brief zu versenden. Da solche Briefe am Samstag nicht zugestellt würden und der Zugang spätestens sieben Tage nach dem ersten Zustellversuch fingiert werde, hätte der Mieter sein Begehren somit spätestens am 22. März 2012 absenden müssen. An diesem Tag habe der Referenzzinssatz 2,5% und damit der zulässige Nettoertrag 3% (2,5% + 0,5%) betragen (BGE 141 III 245 E. 3.7 S. 251).

In der Literatur ist diese Rechtsprechung grundsätzlich auf Zustimmung gestossen (BÄTTIG, a. a. O., 197 ff.; GABATHULER/SPIRIG, a. a. O., 50; SCHILLECI, a. a. O.). Das Festhalten an der nunmehr fast 20-jährigen Praxis habe – so BÄTTIG – den Vorzug der Praktikabilität, auch wenn Zweifel erlaubt seien, ob es wirklich richtig sei, derartige Vertragsverhältnisse alle fünf Jahre den «Fährnissen des 22. März» auszusetzen. SCHILLECI macht einzig kritisch geltend, *es dürfte einem Versehen entsprechen, dass das Bundesgericht bei der Zustellung des Herabsetzungsbegehrens auf die relative Empfangstheorie abzustellen scheine*. Diese Kritik ist berechtigt. Bei Mietzinserhöhungsmitteilungen des Vermieters, bei denen zusätzlich zur Kündigungsfrist ein «Vorlauf» von zehn Tagen zu berücksichtigen ist (Art. 269d Abs. 1 OR), gilt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung i. S. einer Ausnahme die relative Empfangstheorie (dazu BGE 137 III 208 E. 3.1.3 S. 214, m.Nw.), damit dem Mieter die volle «Vorlaufzeit» von zehn Tagen bleibt, um allenfalls das Mietverhältnis zu kündigen. Bei einem Mietzinsherabsetzungsbegehren, das keiner analogen «Vorlaufzeit» unterliegt, hat das Bundesgericht da-

gegen soweit ersichtlich noch nie die relative Empfangstheorie angewandt. Daher müsste hier die Grundregel der absoluten Empfangstheorie gelten, d. h., die 7-Tage-Regel käme nicht zum Tragen (so zu Recht die h. L.; vgl. HAP IMMOBILIARMIETRECHT-BÄTTIG, Rz. 1.109; BSK OR I-WEBER, Art. 270a N 4; CPRA BAIL-MONTINI/WAHLEN, Art. 270a N 20; SVIT-KOMMENTAR, Art. 270a N 23; ZK-HIGL, Art. 270a N 70; a. M. CHK-U. HULLIGER/P. HEINRICH, Art. 270a OR N 1, die für die gleiche Lösung wie für die Zustellung von Mietzinserhöhungen plädieren; siehe zum Anwendungsbereich der beiden Empfangstheorien im Mietrecht insgesamt HARALD BÄRTSCHI/RUEDI ACKERMANN, Verspätete Anfechtung einer Kündigung im Mietrecht, in: Jusletter vom 14. Juli 2014).

b) Zum besseren Verständnis der nachfolgenden Ausführungen seien kurz die Grundsätze der Nettorenditenberechnung gemäss Art. 269 OR in Erinnerung gerufen. Gemäss ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist der Nettoertrag anhand der vom Eigentümer in die Liegenschaft investierten Eigenmittel zu überprüfen. Die Nettorendite entspricht der Verzinsung des Eigenkapitals und ist angemessen, wenn sie den Referenzzinssatz für Hypotheken gemäss Art. 12a VMWG um nicht mehr als 0,5% übersteigt. Als Eigenkapital gilt die Differenz zwischen den Anlagekosten und den Schulden. Zu diesem Kapital hinzugezählt werden die Amortisationen sowie die eigenfinanzierten wertvermehrenden Investitionen. Das so ermittelte Eigenkapital ist bis zu maximal 40% der Anlagekosten (vgl. dazu Art. 16 VMWG) der Teuerung anzupassen (BGE 123 III 171 E. 6a S. 174; 122 III 257 E. 3a S. 258, m.Nw.; siehe dazu insgesamt auch HAP IMMOBILIARMIETRECHT-BÄTTIG, Rz. 1.8; BSK OR I-WEBER, Art. 269 N 7 f.; CPRA BAIL-BOHNET, Art. 269 N 6 ff.; LACHAT/BRUTSCHIN, Kap. 18/2.3 ff.; SVIT-KOMMENTAR, Art. 269 N 6 ff.). Zum zulässigen Nettomietzins sind die Liegenschaftskosten hinzuzuschlagen, d. h. die Finanzierungskosten (Hypothekarzinsen), die laufenden Kosten (wie z. B. Versicherungsprämien) und die Unterhaltskosten (BGE 141 III 245 E. 6.3 S. 252; vgl. zu den Unterhaltskosten im Speziellen auch THOMAS KOLLER, ZBJV 2016, 1 ff., 25).

Ein Teil der Lehre, dem insbesondere das Waadtländer Mietgericht folgt, vertritt den Standpunkt, *dass bei grösseren Renovationsarbeiten sämtliche investierten Eigenmittel als Anlagekosten zu berücksichtigen seien und nicht bloss der Anteil, der zu einer Wertvermehrung der Liegenschaft geführt habe* (BGE 141 III 245

E. 6.4 S. 252 f., m.Nw.; siehe dazu auch HAP IMMOBILIARMIETRECHT-BÄTTIG, Rz. 1.8 Anm. 16, der – vor dem hier diskutierten Urteil – ausführt, es sei umstritten, ob die gesamten Baukosten hinzugeschlagen werden dürfen oder nur der sogenannt wertvermehrende Anteil). Das Bundesgericht sah dies anders. *Bei der Nettorenditenberechnung sei die Unterscheidung zwischen Investitionskosten und Unterhaltskosten wesentlich* (BGE 141 III 245 E. 6.6 S. 255 [Hervorhebung hinzugefügt]). Bei den Unterhaltskosten werde der Durchschnitt der letzten fünf, gegebenenfalls auch bloss der letzten drei Jahre berücksichtigt. Wenn der Vermieter ausserordentliche Unterhaltsaufwendungen tätige, würden die entsprechenden Kosten über mehrere Jahre verteilt, und zwar abhängig von der Lebensdauer der so finanzierten Installationen. Hinzugefügt würde ein Zins auf dem noch nicht amortisierten Kapital (BGE 141 III 245 E. 6.5 S. 253 f.; vgl. zum zulässigen Zins BGE 140 III 433 E. 3.5 S. 438 ff. und dazu THOMAS KOLLER, ZBJV 2016, 25 ff.). Mit der Nettorenditenmethode sei es nicht vereinbar, Investitionskosten und Unterhaltskosten zu vermischen. Aufgeschobener Unterhalt, der im Rahmen einer umfassenden Renovation nachgeholt werde, bleibe Unterhalt und sei als solcher zu behandeln. Daher sei es (bei umfassenden Renovationen) erforderlich, den Unterhaltsanteil zu ermitteln und anschliessend (unter Berücksichtigung der Verzinsung) die ausserordentlichen Unterhaltskosten zu amortisieren. Amortisierbar und auf mehrere Jahre verteilbar seien aber bloss die ausserordentlichen Unterhaltskosten, nicht jedoch die gewöhnlichen Unterhaltskosten (BGE 141 III 245 E. 6.5 S. 253 f.). Aus Eigenmitteln finanzierte Investitionskosten würden demgegenüber zeitlich unbegrenzt berücksichtigt und zumindest teilweise den Lebenshaltungskosten angepasst. Bei der Nettorenditenberechnung habe daher die Unterscheidung zwischen Eigenmitteln, die für wertvermehrende Investitionen verwendet würden, einerseits und für den Unterhalt aufgewendeten Eigenmitteln andererseits nicht vernachlässigbare praktische Auswirkungen (BGE 141 III 245 E. 6.6 S. 255 f.).

Einen Vorbehalt brachte das Bundesgericht für Sonderfälle an. So sei es denkbar, dass der Vermieter zu einem vorteilhaften Preis eine renovationsbedürftige Liegenschaft kaufe und diese anschliessend renoviere. Unter Umständen seien diesfalls die Renovationskosten vollumfänglich als Investitionskosten zu behandeln, um einen solchen Vermieter gleich zu behandeln wie einen Vermieter, der eine

Liegenschaft kaufe, bei der eine kürzlich erfolgte Renovation den Preis beeinflusst habe (BGE 141 III 245 E. 6.6 S. 256).

Abschliessend rief das Bundesgericht in Erinnerung, dass der Sachrichter bei der Unterscheidung zwischen wertvermehrenden Investitionen und Unterhaltskosten über einen grossen Ermessensspielraum verfüge und dass er dabei insbesondere die Vermutung von Art. 14 Abs. 1 VMWG (die Kosten umfassender Überholungen gelten in der Regel zu 50 bis 70% als wertvermehrende Investitionen) analog anwenden oder auf die Regeln des billigen Ermessens zurückgreifen könne (BGE 141 III 245 E. 6.6 in fine S. 257).

In der Literatur sind diese höchstrichterlichen Überlegungen auf geteilte Meinungen gestossen (zustimmend BROQUET, a. a. O., Ziff. III.; GABATHULER/SPIRIG, a. a. O., 50; kritisch dagegen BÄTTIG, MRA 2015, 199 ff.). BROQUET gesteht zwar der vom Bundesgericht verworfenen Waadtländer Praxis den Vorteil der Einfachheit zu. Sie gestatte aber dem Vermieter, aus dem mit Eigenmitteln finanzierten aufgeschobenen Unterhalt einen Ertrag zu erzielen (*«renter des frais d'entretien différés payés par des fonds propres»*) [unter Verweis auf CPRA BAIL-BOHNET, Art. 269 N 71], was dem Begriff der Nettorenditenberechnung i. S. v. Art. 269 OR widerspreche. GABATHULER/SPIRIG betonen, die Unterscheidung zwischen Unterhaltskosten und wertvermehrenden Investitionen hätte ihren Grund. Anlagekosten würden ohne Abstriche bestehen bleiben, während Kosten für ausserordentlichen Unterhalt nach Ablauf der Amortisationsdauer aus der Nettorenditenberechnung verschwinden. BÄTTIG, der der Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Nettorenditenberechnung insgesamt eher kritisch gegenübersteht (siehe dazu insbesondere a. a. O., 205), hat das Urteil einer eingehenden, mit verschiedenen Modellrechnungen unterlegten Analyse unterzogen, auf die hier im Einzelnen nicht eingegangen werden kann. Im Wesentlichen versucht er dabei aufzuzeigen, dass sich die vom Bundesgericht vorgenommene Berechnungsmethode als falsch erweise; richtigerweise müsse eben entgegen dem kommentierten Urteil (bei umfassenden Renovationen) auch der wertvermehrende Anteil amortisiert werden (a. a. O., 202). Zudem wirft er auch die Frage auf, ob es vermessen sei, zu sagen, dass die Nettorenditenberechnung im vorliegenden Fall zu unrealistischen Ergebnissen führe (a. a. O., 203).

Für die letztere Frage wird man in der Tat ein gewisses Verständnis aufbringen. Das im Streit stehende Mietobjekt umfasst eine

Fläche von 296 m² und verfügt – für ein Tanzstudio wohl unerlässlich – über Duschen und Umkleidekabinen. Der letzte Mietzins vor dem Senkungsbegehren belief sich auf Fr. 2312.– pro Monat (ohne Nebenkosten) bzw. auf Fr. 27 744.– pro Jahr. Pro Quadratmeter Mietfläche macht dies Fr. 93.73 jährlich. Selbst für Räumlichkeiten in einem Untergeschoss dürfte das in einer Stadt wie Lausanne, gemessen an Marktverhältnissen, ein sehr günstiger Mietzins sein (BÄTTIG, a. a. O., 203). Und dennoch steht ein übersetzter Ertrag aus der Mietsache (Art. 269 OR) zur Debatte (wobei sich erst nach Abschluss des Verfahrens zeigen wird, ob die Vermieter wirklich eine übersetzte Nettorendite erzielen). Einmal mehr zeigt sich hier die Schere, die sich zwischen Kostenmiete und Marktmiete öffnen kann. Nun gehört es aber eben – wie längst bekannt ist – zu den Eigenheiten des schweizerischen Rechts zur Missbräuchlichkeit von Mietzinsen, dass dieses von einem letztlich kaum lösbaren Konflikt zwischen Elementen der Marktmiete einerseits und der Kostenmiete andererseits geprägt ist (THOMAS KOLLER, ZBJV 2016, 29 f., unter Hinweis auf BGE 118 II 130 E. 3a S. 134). Das kann, wie bereits die Besprechung BEAT ROHRERS von BGE 140 III 433 (MRA 2015, 16 ff.) gezeigt hat, zu problematischen Verwerfungen führen. Insbesondere schafft dieser Konflikt für Vermieter einen hohen Anreiz zu Ertragsoptimierungskündigungen. Ein Patentrezept zur Entschärfung dieser Verwerfungen sehe ich nicht (dazu bereits THOMAS KOLLER, ZBJV 2016, 29 f.).

II. Beweis der Orts- und Quartierüblichkeit des Mietzinses; Tragweite der sozialen Untersuchungsmaxime (Art. 269a lit. a OR; Art. 243 Abs. 2 lit. c und Art. 247 Abs. 2 lit. a ZPO)

BGE 141 III 569 (4A_179/2015) = mp 2016, 66 ff.

Im Jahr 2012 verlangten die Mieter einer 3½-Zimmer-Wohnung in Morges von der Vermieterin unter Berufung auf die Senkung des Referenzzinssatzes für Hypotheken per 1. April 2013 vergeblich eine Mietzinssenkung. Im anschliessenden Gerichtsverfahren widersetzte sich die Vermieterin diesem Begehren mit dem Einwand, der Mietzins sei orts- und quartierüblich, blieb damit aber sowohl vor den kanto-

nen Instanzen als auch vor Bundesgericht erfolglos (vgl. zu diesem Urteil die Besprechung von PASCAL JEANNIN, *Le loyer usuel – un usage pas comme les autres?*, Newsletter janvier 2016 [abrufbar unter http://www.bail.ch/fileadmin/media/images/Arrets_bail/2016_Newsletter_Janvier/2_16_janvier_Analyse_4A_179_2015.pdf], die Bemerkungen bei THOMAS GABATHULER/IRÈNE SPIRIG, plädoyer 3 [2016] 42 ff., 49, HARALD BÄRTSCHI, *ius.focus* 2016 Heft 2 Nr. 34, und FRANÇOIS BOHNET, *SZZP* 2016, 96 ff., sowie den Hinweis bei MATTHIAS TSCHUDI, *SJZ* 2016, 330 ff., 332 f.).

Vor Bundesgericht rügte die Vermieterin drei Punkte. Zum einen warf sie der Vorinstanz vor, die soziale Untersuchungsmaxime verletzt zu haben. Zum anderen machte sie geltend, im vorliegenden Fall müsse zum Beweis für die Orts- und Quartierüblichkeit des strittigen Mietzinses die von ihr in den Prozess eingebrachte private Statistik (d. h. Auszüge aus der Broschüre «Immo-Monitoring 2012–2013») genügen. Eventualiter vertrat sie den Standpunkt, die von ihr als Vergleichsobjekte vorgebrachten Mietwohnungen würden den Anforderungen an den Beweis der Orts- und Quartierüblichkeit ebenfalls genügen. Das Bundesgericht rief zunächst verschiedene für den vorliegenden Fall bedeutsame Grundsätze in Erinnerung, die gemäss langjähriger Rechtsprechung gelten (BGE 141 III 569 E. 2 S. 571 ff.), und verwarf anschliessend alle drei von der Vermieterin erhobenen Rügen (BGE 141 III 569 E. 3 S. 577 ff.).

a) Am wichtigsten an diesem Urteil sind nach meinem Dafürhalten die Ausführungen des Bundesgerichts zur *sozialen Untersuchungsmaxime* gemäss Art. 247 Abs. 2 lit. a i. V. m. Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO, auch *gemilderte Verhandlungsmaxime* genannt («la maxime inquisitoire simple»). Diese Prozessmaxime ist schwergewichtig sozialpolitisch motiviert und bezweckt, die wirtschaftlich schwächere Partei zu schützen, die Gleichheit zwischen den Parteien herzustellen und das Verfahren zu beschleunigen (BGE 141 III 569 E. 2.3.1 S. 575; 125 III 231 E. 4a S. 238). In der Praxis dient sie daher typischerweise – selbstverständlich aber nicht ausschliesslich – dem Schutz der Mieterinnen und Mieter (vgl. dazu auch das zur Publikation bestimmte Urteil 4A_636/2015 vom 21. Juni 2016 [nächstes Jahr zu besprechen in der ZBJV], E. 2.1: «Dans certains cas, la partie réputée socialement faible, tel le travailleur ou le locataire, doit bénéficier d'une protection accrue.»). Hier liegt nun erneut ein Fall vor, in dem sich eine anwaltlich vertretene Vermieterin auf diese Maxime

berief (vgl. bereits BGE 136 III 74, in welchem eine anwaltlich vertretene Vermieter-AG – dort anders als hier allerdings mit Erfolg – eine Verletzung dieser Prozessmaxime geltend machte). Es ist nicht auszuschliessen, dass das letztgenannte Urteil die Beschwerdeführerin zu ihrer Rüge motiviert hat, dass aber auch das Bundesgericht hier gleichsam einen Kontrapunkt zu seinem früheren (vielleicht etwas gar anwaltsfreundlichen) Urteil setzen wollte.

Gemäss ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung befreit die soziale Untersuchungsmaxime die Parteien nicht davon, bei der Feststellung des entscheidwesentlichen Sachverhalts aktiv mitzuwirken und die allenfalls zu erhebenden Beweise zu bezeichnen. Auch im Bereich der (beschränkten) Untersuchungsmaxime tragen die Parteien die Verantwortung für die Sachverhaltsermittlung. Das Gericht hat – wie das Bundesgericht schon früher ausführte – lediglich seine Fragepflicht auszuüben und die Parteien auf ihre Mitwirkungspflicht sowie das Beibringen von Beweisen hinzuweisen. Immerhin hat sich das Gericht aber über die Vollständigkeit der Behauptungen und Beweise zu versichern, wenn diesbezüglich ernsthafte Zweifel bestehen. Die richterliche Initiative geht insoweit zwar nicht über eine Aufforderung an die Parteien hinaus, Beweismittel zu nennen und beizubringen (BGE 125 III 231 E. 4a S. 238 f., m.Nw.). Wenn aber objektive Gründe zum Verdacht führen, dass die Behauptungen und Beweisangebote einer Partei lückenhaft sind, so ist das Gericht an die Beweisofferten nicht gebunden und verpflichtet, «nach Beweisen zu suchen» («a le devoir de rechercher lui-même des preuves»). Es könne auch die Parteien zur Ergänzung der Beweise auffordern (BGE 139 III 13 E. 3.2 S. 20; 136 III 74 E. 3.1 S. 80).

Im vorliegenden Fall äusserte sich das Bundesgericht nun deutlich restriktiver. Das Gericht müsse den Parteien bloss mit angemessenen Fragen zu Hilfe kommen, damit die Behauptungen hinreichend und die Beweisofferten genau bezeichnet seien. Untersuchungen aus eigener Initiative müsse das Gericht nicht anstellen. *Wenn die Parteien durch Anwälte vertreten seien, so könne und müsse sich das Gericht wie in einem ordentlichen Prozess zurückhalten* (BGE 141 III 569 E. 2.3.1 S. 575 und E. 2.3.2 S. 576 [Hervorhebung hinzugefügt]). *Die «Pflicht zur Suche nach Beweisen» beschränke sich – so das Bundesgericht – darauf, die Parteien auf ihre Beweisführungslast hinzuweisen und in Zweifelsfällen durch Befragung sicherzustellen, dass die Behauptungen und Beweisangebote vollständig sind.* Das gelte ganz

besonders dann, wenn den Parteien Anwälte zur Seite stünden (BGE 141 III 569 E. 2.3.2 S. 576 [Hervorhebung hinzugefügt]). Gegen diese Regeln habe die Vorinstanz nicht verstossen.

BOHNET (a. a. O., 99), äussert sich dazu eher kritisch. Die so verstandene soziale Untersuchungsmaxime unterscheide sich nicht von der (allgemeinen) richterlichen Befragungspflicht gemäss Art. 247 Abs. 1 ZPO. Effektiv müsse aber die richterliche Pflicht gemäss Art. 247 Abs. 2 ZPO weiter gehen. Persönlich scheint mir allerdings der hier diskutierte Entscheid zumindest vertretbar. Die vorstehend skizzierten Ausführungen des Bundesgerichts in früheren Entscheiden hätten je nach Lesart als eine Art Freibrief für unsorgfältige oder unfähige Anwälte interpretiert werden können. Eine solche Lesart wäre aber zum einen nicht im Interesse der Anwaltschaft selber (wozu braucht es noch Anwälte, wenn die Gerichte eh alles von Amtes wegen erforschen und richtig machen müssen?) und würde zum andern den Gerichten eine viel zu weitgehende (weil zu aufwendige) Aufgabe überbürden. Eine Beschränkung der sozialen Untersuchungsmaxime in den Fällen, in denen die Parteien durch Anwälte vertreten sind, ist daher durchaus sachgerecht. Gegebenenfalls ist es bei einem ungünstigen Prozessausgang dann halt Sache der betroffenen Partei, ihren Anwalt (bzw. faktisch dessen Haftpflichtversicherung) wegen schlechter Prozessführung auf Schadenersatz zu belangen.

Die genaue Tragweite dieses Urteils wird sich noch weisen müssen. Wie erwähnt hat in casu *eine durch einen Anwalt vertretene Vermieterin* eine Verletzung der sozialen Untersuchungsmaxime gerügt. Die Ausführungen des Bundesgerichts, mit denen es diese Rüge als unbegründet zurückwies, sind indessen «parteineutral» gehalten, *müssten also zumindest vom Wortlaut her auch gelten, wenn eine anwaltlich vertretene Mieterin dieselbe Rüge erhebt*. Von der Sache her wäre nach meinem Dafürhalten nichts dagegen einzuwenden. Das könnte sich allerdings für etliche Mieter als fatal erweisen, muss man doch immer wieder feststellen, dass nicht alle «Mieteranwälte» (auch solche, die von Verbänden empfohlen werden) geradezu Meister in der Prozessführung sind. Nachteile, welche Mieter durch schlechte Prozessführung ihrer Anwälte erleiden, werden zudem häufiger als auf Vermieterseite nicht bloss pekuniärer, sondern zusätzlich auch affektiver Natur sein (so etwa wenn ein Mieter seine Wohnung früher verlassen muss); ein Schadenersatz-

anspruch gegen den Anwalt vermag diesfalls keinen hinreichenden Ausgleich zu bieten. Ob das Bundesgericht daher mit anwaltlich vertretenen Mietern effektiv gleich streng verfahren wird wie mit Vermietern, ist noch offen.

b) In Bezug auf die Ermittlung des nicht missbräuchlichen Mietzinses wiederholte das Bundesgericht im Wesentlichen Altbekanntes. Einem Mietzinssenkungsbegehren des Mieters gestützt auf Art. 270a Abs. 1 OR, das sich nach der relativen Methode beurteilt, kann der Vermieter entgegenhalten, dass der Mietzins, ermittelt nach der absoluten Methode, nicht missbräuchlich sei. Dabei kann er entweder geltend machen, mit dem Mietzins erziele er keine übersetzte Nettorendite (Art. 269 OR) oder der Mietzins sei orts- und quartierüblich i. S. v. Art. 269a lit. a OR (BGE 141 III 569 E. 2.1.2 S. 571 f., m.Nw.). Im vorliegenden Fall berief – oder pointierter ausgedrückt «versteifte» (GABATHULER/SPIRIG, a. a. O., 49) – sich die Vermieterin auf das mangelnde ortsübliche Niveau.

Macht der Vermieter die Orts- und Quartierüblichkeit des Mietzinses geltend, so hat er dafür den Beweis zu erbringen (BGE 141 III 569 E. 2.2.1 in fine S. 573, m.Nw.). Das könnte er an sich mithilfe von amtlichen Statistiken tun (Art. 11 Abs. 4 VMWG). Allerdings müssten solche Statistiken den Anforderungen von Art. 11 Abs. 1 VMWG genügen, d. h., sie müssten hinreichend differenziert Auskunft über Mietzinse von Objekten geben, die nach Lage, Grösse, Ausstattung, Zustand und Bauperiode mit der Mietsache vergleichbar sind (BGE 141 III 569 E. 2.2.2 S. 573 f., m.Nw.). Soweit ersichtlich bestehen solche amtlichen Statistiken indessen nicht (GABATHULER/SPIRIG, a. a. O., 49). Die Vermieterin machte daher geltend, die Vorinstanz hätte die von ihr in den Prozess eingebrachten Auszüge aus der Broschüre «Immo-Monitoring 2012–2013» berücksichtigen müssen. Das Bundesgericht erteilte diesem Vorbringen schon deshalb ein Absage, weil der Detaillierungsgrad dieser Broschüre nicht hinreichend sei. Zudem würden die in der Broschüre enthaltenen blossen Vermietungsofferten den Anforderungen erst recht nicht genügen (BGE 141 III 569 E. 3.2.2 S. 578 f.). Zum von der Vermieterin vorgebrachten Einwand, mangels amtlicher Statistiken müssten private «professionelle» Statistiken zulässig sein, äusserte sich das Bundesgericht nicht.

Grundsätzlich kann der Vermieter die Orts- und Quartierüblichkeit des Mietzinses auch – bzw. mangels amtlicher Statistiken, die den Anforderungen genügen, nur – mithilfe von mindestens fünf

konkreten Vergleichsobjekten beweisen, die er zu benennen und für die er hinreichende Beweismittel ins Recht zu legen hat. Diese Vergleichsobjekte müssen aber ebenfalls strengen Anforderungen genügen. *Die in Art. 11 Abs. 1 VMWG aufgeführten fünf Vergleichselemente (Lage, Grösse, Ausstattung, Zustand und Bauperiode) der Vergleichsobjekte müssen im Wesentlichen die gleichen Charakteristiken aufweisen wie das im Streit stehende Mietobjekt* (BGE 141 III 569 E. 2.2.3 S. 574, m.Nw. [Hervorhebung hinzugefügt]). Die Mietzinse der Vergleichsobjekte dürfen ihrerseits nicht missbräuchlich sein, was insbesondere bedeutet, dass diese Mietzinse den seit der letzten Festsetzung eingetretenen Senkungen des Referenzzinssatzes für Hypotheken angepasst werden müssen. Daraus ergebe sich klar – so das Bundesgericht weiter –, *dass die Bestimmung des orts- und quartierüblichen Mietzinses nicht bloss nach den Gesetzen des Marktes erfolge* (BGE 141 III 569 E. 2.2.1 S. 572 f., m.Nw. [Hervorhebung hinzugefügt]).

Ein besonderes Gewicht legte das Bundesgericht bei den Vergleichsobjekten erneut auf die Anzahl der Zimmer und die Grösse der Mietfläche. *Bei kleineren Wohnungen komme der Zahl der Zimmer eine überragende Bedeutung zu*, während bei grossen Wohnungen die Anzahl Zimmer weniger stark ins Gewicht falle (BGE 141 III 569 E. 2.2.3 S. 574, m.Nw. [Hervorhebung hinzugefügt]). Insgesamt betonte das Bundesgericht aber klar, *dass man bei der Prüfung der Frage, ob ein Vergleichsobjekt den Anforderungen genüge, besonders streng* («particulièrement strict») *sein müsse* (BGE 141 III 569 E. 2.2.3 S. 574 [Hervorhebung hinzugefügt]). Eine Reduktion des Beweismasses auf die bloss überwiegende Wahrscheinlichkeit wegen Beweisnot lehnte es ab; *erforderlich sei vielmehr ein strikter Beweis* (BGE 141 III 569 E. 2.2.1 S. 573 [Hervorhebung hinzugefügt]). Diesen Beweis hatte die Vermieterin im vorliegenden Fall mit den vor ihr benannten Vergleichsobjekten nicht erbracht (nicht amtlich publizierte E. 3.3 des hier diskutierten Urteils).

Insoweit «Im Westen nichts Neues», ist man bei der Lektüre dieses Urteils geneigt zu sagen. Bereits in BGE 136 III 74 (dazu ausführlich THOMAS KOLLER, ZBJV 2011, 969 ff., 982 ff.) und in früheren Entscheiden hatte sich das Bundesgericht weitgehend so geäussert. Allenfalls etwas mehr als sonst betonte es im vorliegenden Fall, dass die Anforderungen an die Vergleichsobjekte besonders streng zu beachten seien und – seine bisherige Rechtsprechung hier

präzisierend – dass für den Beweis der Orts- und Quartierüblichkeit das Regelbeweismass des strikten Beweises gelte (JEANNIN, a. a. O., Ziff. III.; ähnlich auch GABATHULER/SPIRIG, a. a. O., 49, und BÄRTSCHI, a. a. O.). Allerdings ist seit Langem bekannt, dass der Beweis der Orts- und Quartierüblichkeit des Mietzinses ausserordentlich schwer zu erbringen ist, gemeinhin als «dorniges Unterfangen» gilt (THOMAS GABATHULER/IRÈNE SPIRIG, plädoyer 3 [2010] 39 ff., 47; THOMAS KOLLER, ZBJV 2014, 917 ff., 939, m.Nw.; vgl. auch HAP IMMOBILIARMIETRECHT-BÄTTIG, Rz. 1.14) und daher auch schon als «wahrhaft *teuflich*» bezeichnet worden ist (BSK OR I-WEBER, Art. 269a N 5 [Hervorhebung im Original]). Dies findet hier einmal mehr seine Bestätigung.

In einem Teil der Literatur ist das besprochene Urteil dementsprechend «neutral» zur Kenntnis genommen worden (GABATHULER/SPIRIG, plädoyer 3 [2016] 49; BÄRTSCHI, a. a. O.). Eine Ausnahme bildet JEANNIN. Er vertritt die Auffassung, Art. 269a lit. a OR verweise mit der Orts- und Quartierüblichkeit eines Mietzinses auf einen «Ortsgebrauch» («usage local»; a. a. O., Ziff. III.; vgl. auch etwa BSK ZGB I-LARDELLI, Art. 5 N 46, ZK-MARTI, Art. 5 ZGB N 241, sowie ADRIAN STAEHELIN/DANIEL STAEHELIN/PASCAL GROLIMUND, Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, § 18 N 9). Das Bundesgericht thematisiere diesen Aspekt in seiner Rechtsprechung nicht. Gemäss Art. 150 Abs. 2 ZPO könne auch ein Ortsgebrauch Beweisgegenstand sein. Ein Ortsgebrauch habe einen hybriden Charakter zwischen Tatsache und Recht. Der Beweis für einen Ortsgebrauch obliege den Parteien allerdings nur, wenn er aufgrund einer Vereinbarung oder gestützt auf das Vertrauensprinzip anwendbar sei. Wenn dagegen ein Ortsgebrauch aufgrund einer gesetzlichen Verweisung massgebend sei, handle es sich um «indirekt kodifiziertes Recht», *welches das Gericht von Amtes wegen anwenden müsse*. Allerdings hätten die Parteien bei der Feststellung des Ortsgebrauchs eine Mitwirkungspflicht; *das ändere aber nichts daran, dass die eigentliche Verantwortung für dessen Feststellung beim Gericht liege*. Das habe nichts mit den anwendbaren Prozessmaximen zu tun, sondern beruhe auf dem Umstand, dass ein Ortsgebrauch, auf den das Gesetz verweise, einer Rechtsnorm ähnlich sei (a. a. O., Ziff. III. [Hervorhebungen hinzugefügt]).

Das überzeugt nicht. Unter «Übung und Ortsgebrauch» versteht man *Verhaltensregeln, welche in bestimmten Branchen oder örtlich*

beschränkten Kreisen allgemein akzeptiert sind und einheitlich gehandhabt werden (HASENBÖHLER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 150 N 23; BK-BRÖNNIMANN, Art. 150 ZPO N 20 [Hervorhebung hinzugefügt]; ähnlich auch BK-WOLF, Art. 5 ZGB N 100, sowie BSK ZGB I-LARDELLI, Art. 5 N 30). Bei Mietzinsen i. S. v. Art. 269a lit. a OR kann von solch allgemein akzeptierten und einheitlich gehandhabten Verhaltensregeln keine Rede sein. Was «üblicherweise» in einem Quartier für bestimmte Mietobjekte an Mietzins bezahlt wird, ist *keine Norm des objektiven Rechts* (auch nicht in hybrider Form), d. h. *nicht eine Rechtsquelle*, sondern ein schlichtes Faktum, das gemäss Art. 150 Abs. 1 (und nicht Abs. 2) ZPO Gegenstand des Beweises ist. Das zeigt sich auch sehr schön am Zweck gesetzlicher Verweisungen auf den Ortsgebrauch: Der Sinn solcher Verweisungen besteht darin, den Gesetzgeber vom Erlass detaillierter Regelungen zu entlasten und gleichzeitig die Rücksichtnahme auf örtlich unterschiedliche Bedürfnisse zu ermöglichen (ZK-MARTI, Art. 5 ZGB N 218). Das passt bestens etwa zum nachbarrechtlichen Immissionsschutz (Art. 684 Abs. 2 ZGB) oder für die (subsidiäre) Festlegung von Kündigungsterminen im Mietrecht (Art. 266c und Art. 266d OR). Auf die Frage, was denn «üblicherweise» z. B. für die Miete einer 3½-Zimmer-Wohnung in Morges monatlich zu zahlen ist, passt dies dagegen offenkundig nicht.

III. Beginn der Kündigungssperrfrist während eines Schlichtungsverfahrens (Art. 271a Abs. 1 lit. d OR; Art. 62 Abs. 1 ZPO)

BGE 141 III 101 (4A_482/2014)

Bisweilen braucht es einen Zufall, damit eine interessante Rechtsfrage vom Bundesgericht geklärt werden kann. Die Frage, über welche das Bundesgericht aufgrund eines solchen Zufalls zu befinden hatte, lautete: Wann genau beginnt der zeitliche Kündigungsschutz nach Art. 271a Abs. 1 lit. d OR bzw. muss der Vermieter in dem Zeitpunkt, in welchem er die Kündigung ausspricht, Kenntnis davon haben, dass der Mieter ein Verfahren anhängig gemacht hat?

Nach verschiedenen Diskussionen unter den Parteien eines Mietvertrages über Mängel an der Mietsache und eine von der Mie-

terin verlangte Mietzinsreduktion kündigte die Vermieterin der Mieterin am 25. Mai 2012 mit amtlichem Formular. Diese Kündigung konnte der Mieterin frühestens am 26. Mai 2012 zugegangen sein. Ebenfalls am 25. Mai 2012 gelangte die Mieterin mit einer Eingabe an die Schlichtungsbehörde mit dem Begehren um Beseitigung der gerügten Mängel und um Mietzinsherabsetzung. Diese Eingabe ging der Schlichtungsbehörde am 29. Mai 2012 zu. Die Kündigung der Vermieterin und die Eingabe der Mieterin an die Schlichtungsbehörde wurden somit am gleichen Tag der Post übergeben, haben sich also «gekreuzt».

In der Folge focht die Mieterin die Kündigung als missbräuchlich an, weil sie in der Sperrfrist gemäss Art. 271a Abs. 1 lit. d OR ausgesprochen worden sei. Das Mietgericht Meilen und das Obergericht des Kantons Zürich verneinten die Missbräuchlichkeit der Kündigung. Das Bundesgericht dagegen sah dies anders und hob die Kündigung auf (vgl. zu diesem Urteil die einlässliche Besprechung von BEAT ROHRER, MRA 2015, 234 ff., sowie die kürzeren Hinweise bei PÜNTENER, Mietrechtspraxis, Rz. 221, THOMAS GABATHULER/IRÈNE SPIRIG, plädoyer 3 [2015] 36 ff., 42, PATRICIA DIETSCHY-MARTENET, La protection contre les congés donnés en cours de procédure: connaissance par le bailleur et litispendance, Newsletter février 2015 [abrufbar unter http://www.bail.ch/fileadmin/media/images/Arrets_bail/2015_Newsletter_Fevrier/2_15_fevrier_Analyse_4A_482_2014.pdf], und BERNADETTE BUCHELI, ius.focus 2015 Heft 3 Nr. 62).

Gemäss Art. 271a Abs. 1 lit. d OR ist eine Kündigung anfechtbar, wenn sie *während eines mit dem Mietverhältnis zusammenhängenden Schlichtungs- oder Gerichtsverfahrens* ausgesprochen wird, ausser wenn der Mieter das Verfahren missbräuchlich eingeleitet hat. Das Obergericht des Kantons Zürich ging davon aus, dass eine Kündigung gestützt auf die Empfangstheorie erst mit dem Zugang beim Adressaten (in casu also frühestens am 26. Mai 2012) «ausgesprochen» sei. Zu diesem Zeitpunkt sei das von der Mieterin mit Postaufgabe vom 25. Mai 2012 angehobene Schlichtungsverfahren gemäss Art. 62 Abs. 1 ZPO bereits rechtshängig gewesen (Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 24. Juni 2014, Geschäfts-Nr. NG140001, E. 2.4.1, abrufbar unter http://www.gerichte-zh.ch/fileadmin/user_upload/entscheide/oeffentlich/NG140001-O3.pdf). Die Vorinstanz habe in-
dessen als weitere Voraussetzung des Kündigungsschutzes nach Art. 271a Abs. 1 lit. d OR zu Recht die Kenntnis der Vermieterin vom

Schlichtungsverfahren geprüft. Diese Norm stelle nämlich die *widerlegbare Vermutung* auf, die Kündigung während eines hängigen Verfahrens erfolge aus dem unlauteren Kündigungsmotiv der Rache. Diese Vermutung könne aber nur dann einigermaßen plausibel erscheinen, wenn der Vermieter im Zeitpunkt der Kündigungsaussprache Kenntnis von der Hängigkeit des Verfahrens habe oder als vernünftiger und korrekter Mensch hätte haben können. Fehle es an dieser Kenntnis, könne jedenfalls nicht auf das unlautere Kündigungsmotiv der Rache geschlossen werden, und es würde unerklärbar bleiben, worin die Treuwidrigkeit der Kündigung dann begründet sein könnte (E. 2.4.2 des obergerichtlichen Urteils vom 24. Juni 2014 [Hervorhebungen hinzugefügt]).

Die Lehrmeinungen zur Frage, ob die Anfechtbarkeit einer Kündigung die Kenntnis des Vermieters vom hängigen Verfahren voraussetzt, sind geteilt (vgl. dazu die Darlegungen in BGE 141 III 101 E. 2.4 S. 102 f.; weniger umfassend demgegenüber E. 2.4.2 des obergerichtlichen Urteils vom 24. Juni 2014). Höchststrichterlich entschieden wurde diese Frage bisher noch nicht. Im hier besprochenen Urteil kam das Bundesgericht anders als das Obergericht des Kantons Zürich zum Ergebnis, dass der zeitliche Kündigungsschutz nach Art. 271a Abs. 1 lit. d OR mit der Klageanhebung (d.h. *mit der Einreichung des Schlichtungsgesuchs*) bis zur rechtskräftigen Erledigung des Verfahrens greift, *und zwar unabhängig davon, wann der Vermieter über das Verfahren orientiert wurde oder davon nach Treu und Glauben hätte wissen können* (BGE 141 III 101 E. 2.10 S. 106 [Hervorhebungen hinzugefügt]). Zur Begründung führte es mehrere Argumente an. Der Wortlaut von Art. 271a Abs. 1 lit. d OR spreche mit dem Ausdruck «während» die ganze Dauer der Rechtshängigkeit an (die gemäss Art. 62 Abs. 1 ZPO mit der Einreichung des Schlichtungsgesuchs eintrete), ohne für deren Beginn die Kenntnis des Vermieters von der Einleitung des Verfahrens vorauszusetzen (BGE 141 III 101 E. 2.6 S. 104). Gegen eine zusätzliche Voraussetzung für die Anfechtbarkeit der Kündigung, dass der Vermieter Kenntnis vom Verfahren habe oder haben könnte, werde vom entsprechenden Teil der Lehre sodann zu Recht ins Feld geführt, dass eine solche Lösung wenig praktikabel wäre und der Rechtssicherheit entgegenstünde. Demgegenüber werde mit der «Klageanhebung» an einen leicht bestimmbaren Zeitpunkt angeknüpft, was der Rechtssicherheit diene (BGE 141 III 101 E. 2.9 S. 106). Zur Hauptsache führte das Bundesgericht aber aus, der Ge-

setzgeber *fingiere mit den zeitlichen Kündigungsschutzbestimmungen ein Vergeltungsmotiv des Vermieters*. Gerade bei den Sperrfristen manifestiere das Gesetz, dass es *weit eher von positiven Loyalitätskriterien und vom Sozialschutzgedanken denn vom negativ geprägten Missbrauchs begriff getragen sei*, reiche doch der Kündigungsschutz über jenen vor offensichtlichem Rechtsmissbrauch, ja selbst über die umfassende Wahrung von Treu und Glauben, hinaus. Vor dem Hintergrund dieser zweckmässigen Ausrichtung habe das Bundesgericht denn auch erkannt, dass die Vermieterkündigung, die während eines Schlichtungs- oder Gerichtsverfahrens i. S. v. von Art. 271a Abs. 1 lit. d OR erfolge, unabhängig davon anfechtbar sei, ob sie tatsächlich missbräuchlich sei (BGE 141 III 101 E. 2.7 S. 104 f., unter Verweisung auf BGE 131 III 33 [Hervorhebungen hinzugefügt]). Entsprechend könne für die zeitliche Fixierung der Sperrfrist auch nicht ausschlaggebend sein, ob das vermutete Rachemotiv beim Vermieter tatsächlich vorliege bzw. aufgrund entsprechender Kenntnis überhaupt vorliegen könne. Zudem werde diese Auslegung durch eine systematische Betrachtung der Bestimmung von Art. 271a OR bestärkt. Diese regle nämlich (mit dem zweiten Halbsatz von Art. 271a Abs. 1 lit. d OR und den Ausnahmen vom zeitlichen Kündigungsschutz in Abs. 3) auch den gebotenen Ausgleich mit den Interessen des Vermieters. Trotz der grundsätzlich abschliessenden Aufzählung der Ausnahmen in Abs. 3 anerkenne das Bundesgericht (darüber hinaus) die Zulässigkeit einer Kündigung während eines hängigen Verfahrens oder innerhalb der dreijährigen Sperrfrist, wenn der Vermieter mit der erneuten Kündigung nicht die Absicht bekunde, sich am Mieter zu rächen, sondern lediglich die in einem früheren Verfahren aus formellen Gründen (insbesondere Formmangel) als nichtig oder unwirksam erkannte Kündigung «wiederhole». In einem solchen Fall bringe der Vermieter bloss den früher schon bestehenden Kündigungswillen zum Ausdruck. Davon abgesehen bestehe kein Grund, den zeitlichen Kündigungsschutz über die gesetzlich bestimmten Ausnahmefälle hinaus weiter in dem Sinn einzuschränken, dass er erst zum Tragen komme, wenn der Vermieter Kenntnis von einem angehobenen Verfahren habe oder nach Treu und Glauben haben könnte (BGE 141 III 101 E. 2.8 S. 105 f.).

In der Literatur ist dieses Urteil zum Teil – aber ohne weitere Ausführungen – auf Zustimmung gestossen (DIETSCHY-MARTENET, a. a. O., Ziff. III; BUCHELI, a. a. O.; bloss rapportierend GABATHULER/

SPIRIG, a. a. O., 42). Ausserordentlich heftige Kritik erfuhr es demgegenüber von ROHRER (a. a. O., 240 ff.), der die Begründung des Bundesgerichts als «geradezu schockierend» bezeichnet (a. a. O., 241), dem Bundesgericht die Missachtung eines klaren Verfassungsauftrags an den Gesetzgeber sowie der in der Rechtsordnung verankerten Grenzen seiner Entscheidungsbefugnisse vorwirft und ihm vorhält, es gewichte von ihm selber erfundene, in ihrem inneren Gehalt kaum fassbare «Loyalitätskriterien» und «Sozialschutzgedanken» höher als die konsequente Befolgung dessen, was der Verfassungsgeber mit dem Schutz des Mieters vor Missbräuchen vorgegeben habe (a. a. O., 242). Im Wesentlichen beruht die Kritik von ROHRER auf zwei Gründen: Zum einen macht er geltend, dass das Mietrecht gemäss Bundesverfassung (Art. 34^{septies} Abs. 1 aBV; Art. 109 Abs. 1 BV) vor *missbräuchlichen* Kündigungen zu schützen habe, d. h. – so der Bundesrat in seiner Botschaft zur Revision des Miet- und Pachtrechts vom 27. März 1985 – vor Kündigungen, welchen *kein schützenswertes Interesse* zugrunde liege und die daher *als eigentliche Schikane* erscheinen würden. Die Vorinstanz habe dies (anders als das Bundesgericht) ernst genommen, indem sie erwogen habe, Art. 271a Abs. 1 lit. d OR stelle bloss eine widerlegbare Vermutung auf, die Kündigung während eines hängigen Verfahrens erfolge aus dem unlauteren Kündigungsmotiv der Rache (a. a. O., 241 [Hervorhebungen hinzugefügt]). Zum andern macht ROHRER dem Bundesgericht dessen Berufung auf BGE 131 III 33 zum Vorwurf. Dieses Urteil sei inzwischen durch seine eigene Rechtsprechung überholt. Denn das Bundesgericht habe seither erkannt, dass eine unwirksame Kündigung gültig wiederholt werden könne, und zwar sowohl während eines die erste Kündigung betreffenden Verfahrens als auch danach. Entscheidend sei bloss, dass der zweiten Kündigung das gleiche Motiv zugrunde liegt wie der ersten. Daher müsste heute die in BGE 131 III 33 als missbräuchlich qualifizierte zweite Kündigung als gültig erachtet werden (a. a. O., 242 f.).

Nach meiner Einschätzung ist das hier besprochene Urteil sachgerecht. Vom Wortlaut von Art. 271a Abs. 1 lit. d OR ist es perfekt gedeckt: Mit Einreichen des Schlichtungsgesuchs ist das Verfahren rechtshängig (Art. 62 Abs. 1 ZPO; zur Massgeblichkeit des «Expeditionsprinzips» für die Einreichung i. S. v. Art. 62 ZPO bei schriftlichen Eingaben siehe etwa BK-BERGER-STEINER, Art. 62 ZPO N 5, sowie MÜLLER-CHEN, DIKE-Komm-ZPO, Art. 62 N 38); eine später zuge-

hende Kündigung erfolgt somit «während» des Verfahrens. Zudem führt das Urteil zu einem einfach handbaren und praktikablen Ergebnis (gl. M. BUCHELI, a. a. O., in fine). Sachlich ist es befriedigender, bei Art. 271a Abs. 1 lit. d OR von der *Fiktion einer Racheekündigung* auszugehen (so schon meine Besprechung von BGE 131 III 33 in ZBJV 2006, 404 ff., 422) *und nicht von einer widerlegbaren Vermutung*. Racheekündigungen i. e. S. werden von Art. 271a Abs. 1 lit. a OR umfasst. Streitigkeiten über (behauptete oder vermutete) Racheekündigungen sind stets sehr heikel und aufwendig, wie ein Blick in das vorinstanzliche Urteil sehr deutlich illustriert. In casu erfolgte die Kündigung kurz nach Ablauf einer dreijährigen Sperrfrist gemäss Art. 271a Abs. 1 lit. e OR nach einem früheren Verfahren und kurz nachdem die Mieterin in Diskussionen mit der Vermieterin die Beseitigung von Mängeln sowie eine Mietzinsreduktion verlangt hatte. Zudem hatte die Mieterin unter Nennung von Zeugen behauptet, die Vermieterin habe während der noch laufenden Sperrfrist aus dem früheren Verfahren wiederholt geäussert, sie wolle die Mieterin möglichst rasch loswerden. Die Vermieterin brachte demgegenüber als Kündigungsgrund vor, die Liegenschaft weise einen hohen Renovationsbedarf auf. Sie sei aber zu alt dafür und wolle die Liegenschaft verkaufen. Die Kündigung diene dazu, beim Verkauf einen höheren Kaufpreis erzielen zu können (Leerverkaufskündigung). Die Mieterin ihrerseits bestritt mit verschiedenen Argumenten die Ernsthaftigkeit der Verkaufsabsicht. Das Obergericht kam nach Abwägung aller Umstände zum Schluss, dass der Kündigungsgrund der Vermieterin nicht vorgeschoben, sondern plausibel sei und dass mit den Behauptungen der Mieterin eine Racheekündigung zu wenig substantiiert sei. Die Würdigung des Obergerichts, das den Fall fundierter kennt als ich, mag vielleicht richtig sein, aber für den aussenstehenden Betrachter bleibt ein ungutes Gefühl: *Das Ganze riecht halt einfach nach einer Racheekündigung*. All die letztlich unschönen Komplikationen, die mit Prozessen um Racheekündigungen verbunden sind, bleiben den Gerichten erspart, wenn Art. 271a Abs. 1 lit. d OR nicht bloss als widerlegbare Vermutung einer Racheekündigung aufgefasst wird.

In einem Punkt ist die Kritik von ROHRER allerdings verständlich. Das hier diskutierte Urteil steht in einem gewissen Wertungswiderspruch zur neueren Rechtsprechung des Bundesgerichts, die es zulässt, dass der Vermieter eine missglückte erste Kündigung auch

während eines hängigen Verfahrens oder nach dessen Abschluss während der dreijährigen Sperrfrist von Art. 271a Abs. 1 lit. e OR wiederholt. Wie das Bundesgericht selber ausführte (BGE 141 III 101 E. 2.8 S. 105 f.), bringt der Vermieter diesfalls bloss den früher schon bestehenden Kündigungswillen erneut zum Ausdruck und bekundet damit nicht die Absicht, sich am Mieter zu rächen. In einem solchen Fall soll also das (fehlende) Rachemotiv des Vermieters gemäss Bundesgericht doch eine Rolle spielen. So richtig unter einen Hut bringen lässt sich das mit dem hier besprochenen Urteil nicht.

Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Wiederholbarkeit einer nichtigen oder unwirksamen Kündigung (vgl. das Urteil 4C.432/2006 vom 8. Mai 2007 sowie das Urteil 4A_588/2013 vom 15. April 2014) ist nicht unproblematisch (siehe dazu THOMAS KOLLER/MARC ANDRÉ MAUERHOFER, ZBJV 2009, 821 ff., 834 ff.). Insbesondere ist nicht klar, ob sie sich bloss auf formell fehlerhafte Kündigungen bezieht oder ob sie z. B. auch zum Tragen kommt, wenn die erste (ausserordentliche) Kündigung unwirksam war, weil eine materielle Voraussetzung (z. B. ein sorgfaltswidriger Gebrauch der Mietsache durch den Mieter i. S. v. Art. 257f OR) fehlt und die zweite ordentliche Kündigung auf dem gleichen Kündigungsmotiv beruht. Das Bundesgericht scheint seine Praxis zur Wiederholbarkeit von Kündigungen auf die erste Fallgruppe begrenzen zu wollen (BGE 141 III 101 E. 2.8 S. 105 f.), womit BGE 131 III 33, der zur zweiten Fallgruppe gehört, entgegen der Auffassung von ROHRER nicht überholt wäre. Ganz kohärent ist die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Art. 271a Abs. 1 lit. d (und e) OR so oder anders aber nicht. Insoweit ist die Kritik von ROHRER in der Sache berechtigt.

Der konkrete Fall weist über all dies hinaus noch einen weiteren interessanten Aspekt auf. Die Vermieterin warf der Mieterin u. a. auch die missbräuchliche Einleitung des Verfahrens vor (womit gemäss Art. 271a Abs. 1 lit. d zweiter Halbsatz OR die Sperrwirkung entfallen würde). Die Mieterin habe ihr nach den Diskussionen über die Mängel für eine umfassende Stellungnahme konkludent Zeit bis Ende Mai 2012 eingeräumt. Das Vorpellen (sic!) mit dem Begehren an die Schlichtungsbehörde sei daher treuwidrig gewesen. Das (erstinstanzliche) Mietgericht hielt der Vermieterin dazu entgegen, der an die Mieterin gerichtete Vorwurf des Wortbruchs falle insofern auf sie zurück, als die Kündigung des Mietverhältnisses den Rahmen der in Aussicht gestellten Stellungnahme zu den Mängelrügen ebenfalls

sprengende (nicht amtlich publizierte E. 3.2 des hier besprochenen Urteils). Das ist im Grunde ein starkes Stück: Eine selber treuwidrig handelnde Vermieterin macht es der Mieterin zum Vorwurf, dass sie ihr im Rennen zwischen mieterseitiger Verfahrenseinleitung und vermietetseitiger Kündigung um eine Nasenlänge voraus war. *Damit wird die Beweiswürdigung des Zürcher Obergerichts, es liege in casu keine Rachekündigung gemäss Art. 271a Abs. 1 lit. a OR vor, noch weniger glaubwürdig.* Wer als Vermieter eine Stellungnahme auf ein Begehren des Mieters verspricht, stattdessen aber kündigt, verdient eigentlich keinen Schutz.

IV. Parteientschädigung «für» das Schlichtungsverfahren (Art. 113 Abs. 1 Satz 1 ZPO)

BGE 141 III 20 (4A_463/2014) = Pra 2015 Nr. 85 S. 683 ff. = mp 2015, 144 ff.

Gemäss Art. 113 Abs. 1 Satz 1 ZPO werden im Schlichtungsverfahren keine Parteientschädigungen gesprochen. In der prozessrechtlichen Lehre ist umstritten, *ob nach einem Scheitern der Schlichtung die Gerichte im anschliessenden Entscheidungsverfahren der obsiegenden Partei unter anderem auch eine Parteientschädigung für das Schlichtungsverfahren zusprechen dürfen* (Nachweise dazu in BGE 141 III 20 E. 5.2 S. 21). Das Bundesgericht hat diese Frage im hier erwähnten Urteil, das in einem Mietprozess erging, bejaht (zustimmend NADINE GRIEDER, *ius.focus* 2015 Heft 7 Nr. 182; blosser Hinweis bei PÜNTENER, *Mietrechtspraxis*, Rz. 412, URWYLER/GRÜTTER, DIKE-Komm-ZPO Art. 113 N 2, JENNY, in: Sutter-Somm/Hassenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 113 N 5, und THOMAS GABATHULER/IRÈNE SPIRIG, *plädoyer* 3 [2015] 36 ff., 41; grundsätzlich ablehnend DENISE WEINGART/ILIJIA PENON, ZBJV 2015, 465 ff., 490 bei Anm. 103; kritisch FRANÇOIS BOHNET, *Dépens pour la phase de conciliation au stade du prononcé au fond*, Newsletter mars 2015, abrufbar unter http://www.bail.ch/fileadmin/media/images/Arrets_bail/2015_Newsletter_Mars/4_15_mars_Analyse_4A_463_2014.pdf [teilweise übersetzt in SZZP 2015, 230 ff., 232 f.]).

Der Wortlaut von Art. 113 Abs. 1 Satz 1 ZPO stehe der Zusage einer Parteientschädigung für das Schlichtungsverfahren

nicht entgegen, so das Bundesgericht, verbiete er doch die Zusprechung einer Parteientschädigung nur «im» und nicht «für» das Schlichtungsverfahren (««en» procédure de conciliation, et non pas «pour» la procédure de conciliation» [BGE 141 III 20 E. 5.3 S. 21 f.]). Art. 113 Abs. 1 Satz 1 ZPO bezwecke, den Erfolg des Schlichtungsverfahrens zu begünstigen, indem vor der Schlichtungsbehörde nur über die Sache selbst, nicht aber über Kostenfolgen diskutiert werden müsse. Die Aussicht, auch später für das Schlichtungsverfahren keine Parteientschädigung zahlen zu müssen, wenn keine Einigung zustande komme, beeinflusse dagegen die Chancen des Schlichtungsverfahrens nicht; im Gegenteil könne das Risiko, Kosten übernehmen zu müssen, die Parteien sogar eher zu einem Vergleich vor der Schlichtungsbehörde mitveranlassen. Zudem sei es in einem Entscheidungsverfahren oft schwierig oder gar unmöglich zu unterscheiden, welcher Anteil der Arbeit des Parteivertreters für das Schlichtungsverfahren und welcher für das Gerichtsverfahren notwendig gewesen sei, sehe man von der Zeit ab, die der Parteivertreter für das Erscheinen vor der Schlichtungsbehörde aufgewendet habe (BGE 141 III 20 E. 5.3 S. 22).

BOHNET (a. a. O., Ziff. III.) bezweifelt, ob der Entscheid des Bundesgerichts mit dem Text von Art. 113 Abs. 1 Satz 1 ZPO vereinbar ist, und schlägt eine differenziertere Lösung vor. Eine gewisse Unterscheidung zwischen dem Aufwand für das Schlichtungsverfahren und dem Aufwand für das anschliessende Gerichtsverfahren könne trotz allfälliger Schwierigkeiten schon vorgenommen werden. Insbesondere sei es nicht korrekt, im Nachhinein eine Parteientschädigung auch für die Zeit zuzusprechen, welche der Parteivertreter für die Verhandlung vor der Schlichtungsbehörde aufgewendet habe. Zudem sei nicht einzusehen, warum der Beklagte seine Parteikosten für das Schlichtungsverfahren ersetzt erhalten solle, wenn er im anschliessenden Gerichtsverfahren obsiege, nicht aber, wenn der Kläger keine Klage einreiche, weil ihn z. B. die vom Parteivertreter des Beklagten im Schlichtungsverfahren vorgebrachten Argumente von der Aussichtslosigkeit seines Begehrens überzeugen hätten.

Das hier erwähnte Urteil betrifft nicht nur mietrechtliche Schlichtungsverfahren, sondern das Schlichtungsverfahren generell. Es ist daher in erster Linie die Sache der Zivilprozessualisten, den Entscheid zu kommentieren. Persönlich überzeugen mich die Argu-

mente des Bundesgerichts. Über die Differenzierung, die BOHNET vorschlägt, lässt sich diskutieren. Sein Argument, der Beklagte werde je nach Entscheid des Klägers über die Klageeinreichung unterschiedlich behandelt, hat auf den ersten Blick etwas für sich, dürfte aber im Mietverfahren weniger von Gewicht sein als bei anderen Verfahren. Denn im Mietrecht ist – anders als im übrigen Zivilrecht – oft der Vermieter «weiterzugsbelastet», wenn keine Einigung zustande kommt, so nicht nur, wenn er die klagende Partei ist, sondern auch wenn er in den Angelegenheiten von Art. 210 Abs. 1 lit. b ZPO (Streitigkeiten aus der Miete von Wohn- und Geschäftsräumen, sofern die Hinterlegung von Mietzinsen, der Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen, der Kündigungsschutz oder die Erstreckung des Mietverhältnisses betroffen ist) einen Urteilsvorschlag ablehnt (Art. 211 Abs. 2 lit. a ZPO) und wenn der Mieter eine Mietzinserhöhung anfechtet (Art. 209 Abs. 1 lit. a ZPO). Für den Mieter ist es in den Fällen von Art. 211 Abs. 2 lit. a ZPO von Vorteil, wenn der Vermieter auf die Klageeinreichung verzichtet, weil damit – anders als bei den übrigen Verfahren – der Prozess rechtskräftig erledigt ist (Art. 211 Abs. 3 ZPO). Und der Vermieter, der eine angefochtene Mietzinserhöhung nicht «prosequiert», muss es – wenn er die Sache nicht definitiv auf sich beruhen lassen will – mit einer erneuten Mietzinserhöhungsanzeige versuchen, was aber nur unter Berücksichtigung des nächsten ordentlichen Kündigungstermins möglich ist (Art. 269d Abs. 1 OR). Die Gewissheit, ohne Gerichtsverfahren mit all den damit verbundenen Unsicherheiten mit seinen Anliegen definitiv (Art. 211 Abs. 2 lit. a ZPO) oder zumindest für einige Zeit (Art. 209 Abs. 1 lit. a ZPO) obsiegt zu haben, wird dem Mieter in der Regel mehr wert sein als die (eventuell) entgangene Parteientschädigung für das Schlichtungsverfahren.

Ob die im Gerichtsverfahren obsiegende Partei *Anspruch* auf eine Parteientschädigung für das Schlichtungsverfahren hat, geht aus dem hier besprochenen Urteil nicht hervor. Das Bundesgericht führte bloss aus, Art. 113 Abs. 1 Satz 1 ZPO verbiete die Zusprechung einer solchen Parteientschädigung nicht, womit der Vorwurf der Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe diese Gesetzesbestimmung verletzt, indem sie eine Entschädigung zusprach, ins Leere lief. Ob das Bundesgericht eine Gesetzesverletzung bejahen würde, wenn eine Vorinstanz eine Parteientschädigung für das Schlichtungsverfahren verweigert, ist offen.

V. Ordnungsbusse bei unentschuldigtem Fernbleiben einer Partei von der Schlichtungsverhandlung (Art. 128, Art. 204 und Art. 206 ZPO)

BGE 141 III 265 (4A_510/2014)

Gemäss Art. 128 Abs. 1 Satz 1 ZPO wird mit einem Verweis oder einer Ordnungsbusse bis zu Fr. 1000.– bestraft, wer vor Gericht den Anstand verletzt oder *den Geschäftsgang stört*. Überdies können die Parteien und ihre Vertretungen *bei bös- oder mutwilliger Prozessführung* nach Art. 128 Abs. 3 ZPO mit einer Ordnungsbusse bis zu Fr. 2000.– und bei Wiederholung bis zu Fr. 5000.– bestraft werden. Die in Art. 128 ZPO vorgesehenen Disziplinar massnahmen können grundsätzlich auch von der Schlichtungsbehörde ergriffen werden (BGE 141 III 265 E. 3.2 S. 266 f., m.Hw.). Fraglich war und in der Lehre umstritten ist aber, ob die Schlichtungsbehörde das Nichterscheinen der beklagten Partei gestützt auf diese Bestimmung mit einer Ordnungsbusse sanktionieren darf.

Das Bundesgericht hat in einem mietrechtlichen Fall diese Frage (zu Recht) als Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung i. S. v. Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG qualifiziert (nicht amtlich publizierte E. 2.3 des hier besprochenen Urteils) und – in Übereinstimmung mit der Vorinstanz – dem Grundsatz nach bejaht (vgl. zu diesem Urteil die Besprechung von FRANÇOIS BOHNET/PASCAL JEANNIN, *Sanctions disciplinaires contre un intimé faisant défaut à une audience de conciliation?*, Newsletter août 2015, abrufbar unter http://www.bail.ch/fileadmin/media/images/Arrets_bail/2015_Newsletter_Aout/4_15_aout_Analyse_4A_510_2014.pdf [übersetzt in SZZP 2015, 416 ff., 422 f.], sowie die Hinweise bei PÜNTENER, *Mietrechtspraxis*, Rz. 402 ff., ANDREAS GALLI, *AJP* 2016, 225 ff., 230 ff., BARBARA MEYER, *ius.focus* 2016 Heft 5 Nr. 128, THOMAS GABATHULER/IRÈNE SPIRIG, *plädoyer* 3 [2016] 42 ff., 46, und MATTHIAS TSCHUDI, *SJZ* 2016, 330 ff., 330).

Art. 206 ZPO bestimmt, was zu geschehen hat, wenn eine Partei vor der Schlichtungsbehörde säumig ist. In der Lehre wird zum Teil die Auffassung vertreten, diese Norm bestimme die Säumnisfolgen für dieses Verfahrens stadium abschliessend. Das Bundesgericht sieht dies anders. Art. 206 ZPO regle abschliessend nur, wie die Schlichtungsbehörde bei Säumnis einer Partei *in prozessualer Hin-*

sicht zu verfahren habe. *Disziplinarische Folgen des Verhaltens einer Partei* seien nicht Gegenstand von Art. 206 ZPO. Demnach sei es jedenfalls aufgrund des Regelungsgehalts von Art. 206 ZPO nicht ausgeschlossen, dass die Schlichtungsbehörde das (unentschuldigte) Fernbleiben einer Partei von der Schlichtungsverhandlung disziplinarisch ahnde (BGE 141 III 265 E. 4.3 S. 268). Angesichts der Bedeutung der persönlichen Anwesenheit der Parteien für die Durchführung einer wirksamen Schlichtung scheine es denn auch nicht von vornherein ausgeschlossen, dass die Schlichtungsbehörde eine Partei, die der Schlichtungsverhandlung ohne Grund fernbleibe und damit nicht nur prozessual säumig sei, sondern gleichzeitig auch ihre Pflicht zum persönlichen Erscheinen nach Art. 204 Abs. 1 ZPO verletze, gemäss Art. 128 Abs. 1 und 3 ZPO bestrafe. Dies gelte namentlich für die beklagte Partei, die ansonsten durch ihr Nichterscheinen den gesetzgeberischen Willen, dass ein Einigungsversuch stattfinden soll, sanktionslos vereiteln könnte (BGE 141 III 265 E. 5.1 S. 268 f.).

Die Verhängung einer Ordnungsbusse i. S. v. Art. 128 ZPO für das unentschuldigte Fernbleiben einer Partei sei allerdings, so das Bundesgericht weiter, nur zulässig, wenn dies *vorgängig angedroht* werde (BGE 141 III 265 E. 5.2 S. 269). Zudem setze die Ahndung mit einer Ordnungsbusse voraus, dass das Nichterscheinen zum Schlichtungsverfahren eine Störung des Geschäftsgangs gemäss Art. 128 Abs. 1 ZPO bzw. eine bös- oder mutwillige Prozessführung nach Art. 128 Abs. 3 ZPO darstelle (BGE 141 III 265 E. 5.1 S. 269). Da im zu beurteilenden Fall eine Androhung gefehlt hatte, war die Verhängung der Ordnungsbusse unzulässig und die Beschwerde der beiden bussenbelasteten Vermieter gutzuheissen (BGE 141 III 265 E. 5.4 S. 270). Daher liess das Bundesgericht offen, *welche qualifizierenden Umstände für das Ausfällen einer Ordnungsbusse erforderlich wären*, damit die Säumnis der beklagten Partei disziplinarisch geahndet werden kann (BGE 141 III 265 E. 5.1 S. 269).

Dieses Urteil ist in der Literatur zu Recht zustimmend aufgenommen worden (BOHNET/JEANNIN, a. a. O., Ziff. III.; GALLI, a. a. O., 231 f.; MEYER, a. a. O.). Dem Schlichtungsverfahren kommt im schweizerischen Zivilprozess eine wichtige Bedeutung zu. Dies gilt allgemein, ganz besonders aber bei Streitigkeiten aus Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen, für welche paritätische Schlichtungsbehörden vorgesehen sind (Art. 200 Abs. 1 ZPO). Bedauerlicherweise hat der Gesetzgeber beim Erlass der ZPO diese paritätischen Schlich-

tungsbehörden im Vergleich zum früheren Recht bildhaft gesprochen «amputiert», indem er ihnen die vormals zustehenden relativ weitgehenden Entscheidbefugnisse genommen hat (abgesehen von der Ausnahme in Art. 212 ZPO, der im Mietrecht aber eine sehr geringe Tragweite zukommt). Das war eine ausgesprochen mieterunfreundliche Weichenstellung, welche durch das Instrument des Urteilsvorschlags gemäss Art. 210 Abs. 1 lit. b ZPO nur unzureichend aufgewogen wurde. In Mietstreitigkeiten sind in der weit überwiegenden Zahl der Fälle (so etwa bei Streitigkeiten über Mietzinserhöhungen oder -senkungen und bei Kündigungsanfechtungen) zwangsläufig die Mieter klagende Partei. Der Wegfall der Entscheidbefugnisse der Schlichtungsbehörden schafft für Vermieter als beklagte Partei einen gewissen Anreiz, gar nicht erst zur Schlichtungsverhandlung zu erscheinen und so den Zweck des Schlichtungsverfahrens zulasten der Mieter zu torpedieren. Risikolos ist dies zwar nicht, weil die Schlichtungsbehörde in den Fällen von Art. 210 Abs. 1 lit. b ZPO einen Urteilsvorschlag zulasten des Vermieters unterbreiten und diesem so die Fortsetzungslast zuweisen kann (Art. 211 Abs. 2 lit. a ZPO; vgl. dazu auch unten Ziff. VII.). Ob dieses Risiko (das etlichen Vermietern gar nicht bekannt sein dürfte) allerdings hinreichend präventiv wirkt, ist fraglich. Daher kann es nicht schaden, das Sanktioneninstrumentarium gegen säumige beklagte Vermieter um die Möglichkeit von Ordnungsbussen zu ergänzen. Gegen säumige klagende Mieter werden Ordnungsbussen dagegen weniger oft erforderlich sein; der mit der Säumnis verbundene Rechtsverlust (Art. 206 Abs. 1 ZPO), der im Mietrecht wegen zu wahrender Verwirkungsfristen sehr oft ein definitiver sein wird, hat in der Regel wohl genügend Sanktionswirkung (ähnlich auch BOHNET/JEANNIN, a. a. O., Ziff. III.). Ist ein Mieter beklagte Partei (z. B. wenn es um die Zahlung von Nebenkosten oder um eine Mieterausweisung geht) und säumig, so haben für ihn hinsichtlich der Ausfällung einer Ordnungsbusse aber selbstredend dieselben Grundsätze zu gelten wie für einen säumigen (beklagten) Vermieter.

Offen ist wie dargelegt noch, wann bei einem unentschuldigtem Fernbleiben einer Partei, insbesondere des Beklagten, konkret von einer «Störung des Geschäftsgangs» bzw. einer «bö- und mutwilligen Prozessführung» gesprochen werden kann. Die Vorankündigung des Beklagten, er werde nicht erscheinen (ohne dass er einen hinreichenden Entschuldigungsgrund angibt), sollte jedenfalls nicht genügen, um

einen solchen qualifizierenden Umstand auszuschliessen. Denn der Kläger, der einen Rechtsverlust vermeiden will (Art. 206 Abs. 1 ZPO), muss auch diesfalls – obwohl vergeblich – vor der Schlichtungsbehörde erscheinen (BOHNET/JEANNIN, a. a. O., Ziff. III.). Sicher erfüllt sein dürfte ein qualifizierender Umstand (wohl gar i. S. v. Art. 128 Abs. 3 ZPO), wenn der Beklagte einen Termin verschieben lässt (z. B. wegen Ferienabwesenheit, Terminkollision usw.) und am Ersatztermin unentschuldigt nicht erscheint. In Streitigkeiten aus Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen könnte man sich darüber hinaus fragen, ob nicht stets zumindest eine «Störung des Geschäftsgangs» vorliegt, wenn der Beklagte dem Verfahren fernbleibt. Immerhin müssen sich bei solchen Streitigkeiten die drei Personen der paritätischen Schlichtungsbehörde auf den Fall vorbereiten und am Termin anwesend sein. Der damit verbundene Aufwand darf nicht unterschätzt werden und ist vom Steuerzahler zu tragen. Ist dieser Aufwand vergeblich, weil der Beklagte (unentschuldigt) nicht erscheint, dürfte dies eine Ordnungsbusse rechtfertigen. Fraglich mag sein, ob etwas anderes zu gelten hat, wenn eine persönliche Erscheinungspflicht nicht besteht und sich der Beklagte auch nicht vertreten lässt (Art. 204 Abs. 3 ZPO), insbesondere wenn er seinen Wohnsitz im Ausland oder in einem andern Kanton hat (Art. 204 Abs. 3 lit. a ZPO; dazu auch BOHNET/JEANNIN, a. a. O., Ziff. III.). Hat der ausländische oder ausserkantonale Vermieter aber eine Liegenschaftsverwaltung und erscheint auch diese nicht zur Schlichtungsverhandlung, obwohl dies ja ohne Weiteres zulässig wäre (Art. 204 Abs. 3 lit. c ZPO), sollte eine Ordnungsbusse wiederum möglich sein. Weitere Bundesgerichtsurteile werden zeigen müssen, wie es sich damit verhält.

Eine wesentliche Voraussetzung für das Ausfällen einer Ordnungsbusse ist – wie ebenfalls bereits erwähnt – deren vorgängige Androhung. Für Schlichtungsbehörden empfiehlt es sich daher, bereits in der Vorladung zur Verhandlung generell darauf hinzuweisen, dass bei unentschuldigtem Fernbleiben einer Partei von der Verhandlung eine Ordnungsbusse gemäss Art. 128 Abs. 1 oder Abs. 3 ZPO ausgesprochen werden kann. Als Androhung müsste es nach meinem Dafürhalten genügen, dass in der Vorladung unter den Säumnisfolgen deutlich – allenfalls mit Fettdruck – auf die Möglichkeit hingewiesen wird, bei unentschuldigtem Fernbleiben einer Partei könne eine Ordnungsbusse bis zu Fr. 1000.– (Art. 128 Abs. 1 ZPO) bzw. bis zu Fr. 2000.– (Art. 128 Abs. 3 ZPO) ausgefällt werden.

VI. Wahl einer Vertreterin des Mieterinnen- und Mieterverbandes in die paritätische Schlichtungsbehörde (Art. 200 Abs. 1 ZPO)

BGE 141 III 439 (1C_634/2014)

Gemäss Art. 200 Abs. 1 ZPO besteht die Schlichtungsbehörde bei Streitigkeiten aus Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen aus einer vorsitzenden Person und einer paritätischen Vertretung. Wie diese paritätische Vertretung konkret auszusehen hat, ist in der ZPO nicht geregelt. In der bis zum Inkrafttreten der ZPO am 1. Januar 2011 geltenden Vorgängernorm (aArt. 274a Abs. 2 OR) war ausdrücklich festgehalten, dass Vermieter und Mieter durch ihre Verbände oder andere Organisationen, die ähnliche Interessen wahrnehmen, in den Schlichtungsbehörden paritätisch vertreten seien. In der nunmehr geltenden ZPO fehlt eine entsprechende ausdrückliche Bestimmung. In einem den Kanton Zürich betreffenden Fall war nun höchstrichterlich zu klären, was bei der Wahl der paritätischen Vertreter zu berücksichtigen ist.

Mit Beschluss vom 3. Juni 2014 wählte das Bezirksgericht Meilen für die Amtsdauer 2014 bis 2020 als eines der Mitglieder der paritätischen Schlichtungsbehörde unter anderem mieterseits die bereits vorher amtierende Barbara Rauber, welche vom Mieterinnen- und Mieterverband Zürich nicht mehr zur Wahl vorgeschlagen worden war, während die vom Verband vorgeschlagene Regula Spahn nicht gewählt wurde. Das Obergericht des Kantons Zürich schützte diesen Beschluss mit Beschluss vom 27. Oktober 2014 (Geschäfts-Nr. VR140005, abrufbar unter http://www.gerichte-zh.ch/fileadmin/user_upload/entscheide/oeffentlich/VR140005-O4.pdf).

Eine gegen den Beschluss des Obergerichts gerichtete Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten des Verbandes und von Regula Spahn, mit der die Beschwerdeführer eine Verletzung von Art. 200 Abs. 1 ZPO rügten, hiess das Bundesgericht teilweise gut. Es hielt fest, dass Barbara Rauber ab Entscheiddatum (14. September 2015) für den Rest der Amtsdauer 2014 bis 2020 nicht mehr als Mitglied der paritätischen Schlichtungsbehörde in Miet- und Pachtsachen des Bezirks Meilen eingesetzt sei. Im Übrigen wies es die Sache zum neuen Entscheid im Sinne der Erwägungen an das Bezirksgericht Meilen zurück (vgl. zu diesem Bundesgerichtsurteil die Hinweise bei

PÜNTENER, Mietrechtspraxis, Rz. 64 f., und THOMAS GABATHULER/IRÈNE SPIRIG, plädoyer 3 [2016] 42 ff., 46). Vor Bundesgericht umstritten war, ob es genüge, dass als Vermieter- oder Mietervertreter Personen gewählt würden, *die Mitglied des entsprechenden Verbandes seien* (so das Obergericht), oder *ob nur Personen gewählt werden dürfen, die von einem Interessenverband vorgeschlagen worden seien* (so die Beschwerdeführer).

Zur Begründung seines Entscheids führte das Bundesgericht aus, die Organisation der Gerichte und Schlichtungsbehörden in Zivilsachen sei grundsätzlich Sache der Kantone, wobei Ausnahmen von diesem Grundsatz im Bundesgesetz vorgesehen werden müssten (Art. 3 ZPO i. V. m. Art. 122 Abs. 2 BV). Eine Ausnahme von der Organisationsautonomie der Kantone stelle Art. 200 Abs. 1 ZPO dar, wonach die Schlichtungsbehörde bei Streitigkeiten aus Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen aus einer vorsitzenden Person und einer paritätischen Vertretung bestünden. Im Rahmen dieser Bestimmung sei es Sache der Kantone, auch das Verfahren für die Wahl der Mitglieder der Schlichtungsbehörden zu regeln (BGE 141 III 439 E. 2 S. 441).

Aus dem in Art. 200 Abs. 1 ZPO festgeschriebenen Grundsatz der Parität ergebe sich – so das Bundesgericht weiter –, *dass als Schlichter vermieten- und mieterseits nur tätig sein soll, wer eindeutig der Vermieter- oder der Mieterseite zugeordnet werden könne* (so bereits auch E. 2.3 des Urteils 1P.68/2003 vom 24. November 2003 und E. 4c des Urteils 1P.550/1999 vom 22. Dezember 1999 [siehe den Hinweis auf dieses Urteil in: SVIT-KOMMENTAR, Art. 274a N 4]). Anders als die Vorgängernorm (aArt. 274a Abs. 2 OR) regle Art. 200 Abs. 1 ZPO zwar nicht mehr ausdrücklich, wie sicherzustellen sei, dass die Vermieter- und Mietervertreter eindeutig der Vermieter- oder Mieterseite zugeordnet werden könnten. Das in der Rechtsprechung entwickelte Kriterium der *eindeutigen Zuordnung* gelte aber weiterhin (BGE 141 III 439 E. 3.1 S. 441 f. [letztere Hervorhebung auch im Original]).

Wie die Beschwerdeführer zu Recht vorbrächten, stelle allein die Mitgliedschaft in einem Verband nicht sicher, dass die betreffende Person auch tatsächlich die Interessen des Verbandes einbringe. Die Mitglieder eines grösseren Verbandes würden erfahrungsgemäss ein breites Meinungsspektrum abdecken, das nicht notwendigerweise mit den vorrangigen Verbandszielen übereinstim-

me. Im Gegensatz zur Ansicht der Vorinstanz erlaube der Umstand, dass eine Person Mitglied des vorschlagsberechtigten Verbandes sei, deshalb noch nicht, sie eindeutig der Mieterseite zuzuordnen. Eine eindeutige Zuordnung setze zusätzlich voraus, dass die betreffende Person auch das Vertrauen des Interessenverbandes geniesse, was sich darin ausdrücke, dass dieser sie zur Wahl vorschlage. Daraus folge indessen nicht, dass die gewählten Schlichterinnen und Schlichter der Vermieter- bzw. Mieterseite unmittelbar den Interessen der Verbände verpflichtet seien. Vielmehr seien sie als Behördenmitglieder in ihrer Tätigkeit unabhängig und sollen ihr Mandat unvoreingenommen wahrnehmen. Es sei Sache der Kantone, unter Berücksichtigung von Art. 200 Abs. 1 ZPO das Verfahren zur Wahl der Mitglieder der Schlichtungsbehörden in Streitigkeiten bei Miete und Pacht zu regeln. Das Bundesrecht schliesse namentlich nicht aus, dass die kantonale Wahlbehörde die vorschlagsberechtigten Verbände verpflichten könne, mehr Vorschläge einzureichen, als Mandate zu besetzen seien, um der Wahlbehörde eine echte Wahl aus verschiedenen Kandidaten zu ermöglichen. Auch sei von Bundesrechts wegen nicht ausgeschlossen, dass die Wahlbehörde von den vorschlagsberechtigten Verbänden verlangen könne, zusätzliche Wahlvorschläge nachzureichen, wenn im konkreten Fall sachliche Gründe gegen die Wahl einer vorgeschlagenen Person sprächen (BGE 141 III 439 E. 3.2.2 S. 443).

Für den vorliegenden Fall sah das Bundesgericht sodann keinen Anlass, von diesen Grundsätzen abzuweichen. Die Beschwerdegegnerin Barbara Rauber war schon vor der Amtsperiode 2014 bis 2020 in der Schlichtungsbehörde als mieterseitige Schlichterin tätig. Damit war sie der Wahlbehörde bestens bekannt und diese hatte offenkundig keine Vorbehalte bezüglich deren Eignung als Schlichterin. Diese Umstände waren aber gemäss Bundesgericht nicht geeignet, Barbara Rauber auch für die neue Amtsperiode eindeutig der Mieterseite zuzuordnen (BGE 141 III 439 E. 3.2.3 S. 443 f.).

Wenn man einer Meldung in der NZZ glauben darf, hat das Bezirksgericht in der Folge bedauert, dass die kompetente und fähige Schlichterin Rauber «aus formaljuristischen Gründen» ihr Amt nicht mehr ausüben könne. Zudem hat es dem Mieterinnen- und Mieterverband Zürich eine Frist für die Einreichung von drei Wahlvorschlägen gesetzt (Bericht von BARBLINA TÖNDURY in der NZZ vom 1. Oktober 2015, S. 21). Heute ist die vor Bundesgericht obsiegende Regula Spahn

offenbar Mitglied der Schlichtungsbehörde Meilen (vgl. dazu <https://www.mieterverband.ch/mv-zh/organisation/mietschlichter-mietrichter.html#>).

Um allfälligen Missverständnissen vorzubeugen, muss hier mit aller Deutlichkeit betont werden: Ich kenne weder Barbara Rauber noch Regula Spahn. Ebenso wenig sind mir weitere Personen der Schlichtungsbehörde Meilen sowie Personen am Bezirksgericht Meilen bekannt. Auch Interna aus der Schlichtungsbehörde kenne ich nicht. Alle folgenden Ausführungen beziehen sich daher nicht auf konkrete Personen und Behörden, sondern sind allgemeiner Natur.

Grundsätzlich begrüsse ich den Entscheid des Bundesgerichts sehr. Die Bemerkung des Bezirksgerichtspräsidenten von Meilen, Barbara Rauber könne «aus formaljuristischen Gründen» ihr Amt nicht mehr ausüben, geht völlig an der Sache vorbei. *Das Bundesgerichtsurteil ist nicht «formaljuristisch», sondern berührt das sachgerechte Funktionieren der mietrechtlichen paritätischen Schlichtungsbehörden im Kern.*

Zugegeben, ganz unproblematisch ist das Urteil auf den ersten Blick nicht, jedenfalls soweit die *Wiederwahl* eines Mitglieds der Schlichtungsbehörde zur Debatte steht. Wie soll – so kann man sich fragen – ein Mitglied dieser Behörde seine Tätigkeit unvoreingenommen und unabhängig wahrnehmen, wenn ihm dabei droht, von «seinem» Verband nicht mehr vorgeschlagen und damit nicht mehr wiedergewählt zu werden?

Eine solche Betrachtungsweise würde indessen zu kurz greifen. Bei paritätisch zusammengesetzten Justizbehörden gelten bezüglich der richterlichen Unabhängigkeit Besonderheiten. Das Konzept der Parität geht zwangsläufig davon aus, dass nur die vorsitzende Person effektiv neutral ist, während den beiden Beisitzern eine gewisse Parteilichkeit, nicht bezogen auf die konkreten Streitparteien, aber in Bezug auf die generelle Interessenvertretung, zukommen darf (PÜNTENER, Mietrechtspraxis, Rz. 67; LACHAT/PÜNTENER, Kap. 5/2.1.2; ansatzweise auch ZK-HIGI, Art. 274a N 17 f.; tendenziell anders wohl BSK OR I-WEBER, Vor Art. 253–273c N 8, und SVIT-KOMMENTAR, Art. 274a N 1b in fine). Bei solchen Justizbehörden, denen Vertreterinnen und Vertreter der betroffenen Interessengruppen angehören, ist die richterliche Unabhängigkeit hinreichend gewahrt, wenn das Gremium durch einen «neutralen» Dritten als Vorsitzenden ausbalan-

ciert wird und eine «Symmetrie der Abhängigkeiten» besteht (REGINA KIENER, Richterliche Unabhängigkeit – Verfassungsrechtliche Anforderungen an Richter und Gerichte, Bern 2001, 120 f. i. V. m. 118; vgl. auch das Urteil des EGMR vom 28. Januar 2010 i. S. Puchstein gegen Österreich, Akten-Nr. 20089/06, abrufbar unter [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-97000#{%22itemid%22:\[%22001-97000%22\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-97000#{%22itemid%22:[%22001-97000%22]}); für das Mietrecht ansatzweise auch LACHAT/PÜNTENER, Kap. 5/2.1.2). Eine «Symmetrie der Abhängigkeiten» kann letztlich aber nur erreicht werden, wenn eine hinreichende Zuordnung der Beisitzerinnen und Beisitzer zu den entsprechenden Interessenverbänden gewährt ist. Bei der Wahl von Personen gegen den Willen der Verbände dürfte es daran gebrechen.

Bei den Mietschlichtungsbehörden kommt diesen allgemeinen Grundsätzen eine besonders grosse Tragweite zu. Eine paritätische Mietschlichtungsbehörde verliert völlig ihren Sinn, wenn einer der paritätischen Vertreter diese Interessenvertretung nicht im Auge hat oder im Verlaufe seiner Tätigkeit aus den Augen verliert. Die vom Bundesgericht betonte «eindeutige Zuordnung» zur Vermieter- oder Mieterseite ist daher sachgerecht, und zwar nicht nur bei der erstmaligen Wahl, sondern gerade auch bei der Wiederwahl.

Die blosse Mitgliedschaft im betreffenden Verband nicht genügen zu lassen, ist aber auch aus einem weiteren Grund zu begrüssen. Die gegenteilige Auffassung hätte zur Folge, dass die Verbände jeden Bewerber bzw. jede Bewerberin um die Vereinsmitgliedschaft vor der Aufnahme umfassend «durchleuchten» müssten. Denn die Verbände hätten dann ein eminentes Interesse, eine – man verzeihe mir den drastischen Ausdruck – «subversive Unterwanderung» des eigenen Verbandes durch die Gegenseite zu verhindern. Zudem wären die Verbände in den Fällen, in welchen das strenge Aufnahmeverfahren «versagt» hat, gezwungen, ein Mitglied, das als Schlichter unliebsam geworden ist, vom Verband auszuschliessen, um seine Wiederwahl zu verhindern. Solch «stalinistischen» Tendenzen im Vereinsrecht sollte man keinen Vorschub leisten. Ob das von den kantonalen Instanzen alles mitbedacht worden ist?

Hinzu kommt ein letzter, nicht zu vernachlässigender Punkt. Gelegentlich hört man von paritätischen Vertretern, die zwar brav an den Verhandlungen der Schlichtungsbehörde teilnehmen, sich dort aber eher passiv verhalten. Viele Gremien (Rechtsfakultäten nicht ausgenommen ...) haben eine gewisse Neigung, derartige

stromlinienförmige Mitglieder zu schätzen, weil sie den Betriebsablauf nicht stören. Für Gerichte und Schlichtungsbehörden dürfte dies ebenso gelten. Die Wahrscheinlichkeit, dass eine solche Person eher von der entsprechenden Behörde zur Wiederwahl vorgeschlagen bzw. empfohlen wird als ein «unbequemer Querdenker», ist gross. Gedient ist damit den jeweiligen Interessen der Vermieter- bzw. Mieterverbände nicht. Auch aus diesem Grund ist es nach meinem Dafürhalten richtig, den Verbänden die Möglichkeit einzuräumen, solche Vertreter allenfalls nicht mehr zur Wiederwahl vorzuschlagen.

Nicht zu befinden hatte das Bundesgericht im vorliegenden Fall, wie vorzugehen ist, wenn sich verschiedene Verbände mit Wahlvorschlägen um die Einsitznahme in einer Schlichtungsbehörde auf der gleichen Seite (Vermieter bzw. Mieter) konkurrenzieren (siehe dazu das Urteil 1P.68/2003 vom 24. November 2003) oder gar auf der «falschen Seite» den Einsitz anstreben (siehe dazu das Urteil 1P.550/1999 vom 22. Dezember 1999). Ebenso war nicht darüber zu befinden, wie es sich verhalten würde, wenn die Wahl oder Wiederwahl in ein paritätisch besetztes Gericht im Streit stünde. Die ZPO selber kennt solche Gerichte nicht, aber den Kantonen ist es unbenommen, im Rahmen ihrer Organisationsautonomie für gewisse Sachbereiche – etwa für das Arbeitsrecht oder das Mietrecht – solche Gerichte vorzusehen (vgl. als Beispiele etwa § 16 Abs. 2 und 3 GOG ZH [paritätische Mietgerichte] und Art. 9 Abs. 1 EG ZSJ BE [paritätisches Gericht für arbeitsrechtliche Streitigkeiten]). Die Wahl bzw. Wiederwahl in solche Gerichte beurteilt sich nach dem massgebenden kantonalen Recht, und allfällige Entscheide kantonalen Gerichte über solche Wahlakte könnte das Bundesgericht nur auf ihre Vereinbarkeit mit der Bundesverfassung und gegebenenfalls der EMRK prüfen. Der Einsitznahme von Verbandsvertretern in paritätische Spezialgerichte steht das Bundesgericht der Tendenz nach positiv gegenüber (vgl. dazu etwa BGE 126 I 235 und 119 Ia 81; ansatzweise auch 133 I 1 E. 6.4.3 S. 7 f.; siehe ebenso das bereits erwähnte Urteil des EGMR vom 28. Januar 2010 i. S. Puchstein gegen Österreich). Ob aber im Gegenzug die Verbände einen Anspruch darauf haben, dass ausschliesslich von ihnen vorgeschlagene Personen in derartige Spezialgerichte gewählt werden, hat das kantonale Recht zu bestimmen.

VII. Vertretung einer juristischen Person vor der Schlichtungsbehörde; ein faktisches Organ genügt nicht (Art. 204 Abs. 1 ZPO)

BGE 141 III 159 (4A_530/2014)

Zur Schlichtungsverhandlung haben die Parteien – sofern nicht ein Ausnahmefall gemäss Art. 204 Abs. 3 ZPO vorliegt – persönlich zu erscheinen (Art. 204 Abs. 1 ZPO). Das gilt grundsätzlich auch für juristische Personen (BGE 140 III 70). Letztlich kann das «Erscheinen» einer juristischen Person nur durch eine oder mehrere natürliche Personen erfolgen. Wer für eine juristische Person wirksam vor der Schlichtungsbehörde erscheinen will, muss für die juristische Person vorbehaltlos und gültig handeln können und insbesondere auch zum Abschluss eines Vergleichs ermächtigt sein (BGE 140 III 70 E. 4.4 S. 73, m.Nw.).

Höchststrichterlich geklärt war bisher bereits, dass eine juristische Person an der Schlichtungsverhandlung (sofern kein Ausnahmefall i. S. v. Art. 204 Abs. 3 ZPO vorliegt) nicht durch einen Rechtsanwalt, sondern nur durch ein Organ oder zumindest durch eine mit einer (kaufmännischen) Handlungsvollmacht ausgestattete und zur Prozessführung befugte Person, die überdies mit dem Streitgegenstand vertraut ist, vertreten werden kann (BGE 140 III 70 E. 4.3 S. 72). Weitere Aspekte zum Fragenkreis «persönliches Erscheinen einer juristischen Person vor der Schlichtungsbehörde» waren aber noch offen. In einem pachtrechtlichen Verfahren hatte das Bundesgericht nun Gelegenheit, solche Aspekte – unter dem Gesichtspunkt einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung gemäss Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG (BGE 141 III 159 E. 1.2 S. 161 ff.) – zu prüfen (vgl. zu diesem Urteil die einlässlichen Besprechungen von ANDREAS MAAG, MRA 2015, 153 ff., und XAVER BAUMBERGER/PATRICK HOBI, Persönliche Erscheinungspflicht juristischer Personen anlässlich von Schlichtungsverhandlungen – Analyse der aktuellen Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Art. 204 ZPO, in: Jusletter vom 19. Oktober 2015; Kurzbemerkungen von FRANÇOIS BOHNET, Représentation en conciliation de la personne morale par un organe de fait ou un mandataire commercial, Newsletter mai 2015, abrufbar unter http://www.bail.ch/fileadmin/media/images/Arrets_bail/2015_Newsletter_Mai/2_15_mai_Analyse_4A_530_2014.pdf [teilweise übersetzt in

SZZP 2015, 291 ff., 296 f.], und CARINA FRÖHLI, ius.focus 2016 Heft 2 Nr. 45; Hinweise bei PÜNTENER, Mietrechtspraxis, Rz. 246, EGLI, DIKE-Komm-ZPO, Art. 204 N 6 f., HONEGGER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 204 N 1d, THOMAS GABATHULER/IRÈNE SPIRIG, plädoyer 3 [2016] 42 ff., 46, und MATTHIAS TSCHUDI, SJZ 2016, 330 ff., 330).

Konkret war zu entscheiden, ob Art. 204 Abs. 1 ZPO Genüge getan ist, *wenn sich eine juristische Person an der Schlichtungsverhandlung durch ein faktisches Organ vertreten lässt*. Das Bundesgericht hat dies verneint. Zusammenfassend führte es aus, der Schlichtungsbehörde müsse ermöglicht werden, rasch und einfach zu prüfen, ob eine juristische Person korrekt vertreten zur Schlichtungsverhandlung erschienen sei. Die im Handelsregister eingetragenen Organe und die Prokuristen hätten zu diesem Zweck einen Handelsregisterauszug vorzuweisen; die (kaufmännischen) Handlungsbevollmächtigten hätten eine Vollmacht zur Prozessführung in dieser Angelegenheit i. S. v. Art. 462 Abs. 2 OR vorzuweisen, aus der sich zudem die Handlungsvollmacht ergebe. Faktische Organe vermöchten nichts Derartiges vorzuweisen. *Eine juristische Person könne sich daher im Schlichtungsverfahren nicht von faktischen Organen vertreten lassen* (BGE 141 III 159 E. 2.6 S. 166 f. [Hervorhebung hinzugefügt]). *Nicht hinreichend sei auch eine bürgerliche Bevollmächtigung nach Art. 32 OR*, und eine Handlungsvollmacht i. S. v. Art. 462 setze voraus, dass eine Person nicht für ein einzelnes Rechtsgeschäft gezielt bevollmächtigt, sondern für alle Rechtshandlungen als Vertreter bestellt werde, die der Betrieb eines ganzen Gewerbes oder die Ausführung bestimmter Geschäfte in einem Gewerbe mit sich bringe, *weshalb die Ermächtigung zur Prozessführung nach Art. 462 Abs. 2 OR nur einer Person erteilt werden könne, die bereits Handlungsbevollmächtigte i. S. v. Art. 462 Abs. 1 OR sei* (BGE 141 III 159 E. 3.3 S. 168 [Hervorhebungen hinzugefügt]).

Auf nennenswerte Kritik in der Literatur ist dieses Urteil soweit ersichtlich nicht gestossen (vgl. immerhin ansatzweise kritisch MAAG, a. a. O., 165, und BAUMBERGER/HOBI, a. a. O., Rz. 27 f., zu einzelnen Aspekten der Problematik). Es gilt für sämtliche Schlichtungsverfahren, nicht nur für Mietprozesse. In mietrechtlichen Verfahren kommt ihm aber eine besondere Tragweite zu. Wenn eine juristische Person vor der Schlichtungsbehörde nicht korrekt vertre-

ten ist, gilt sie als säumig. Ist sie klagende Partei, so gilt das Schlichtungsgesuch als zurückgezogen und das Verfahren wird als gegenstandslos abgeschlossen (Art. 206 Abs. 1 ZPO). Grundsätzlich kann die klagende Partei in einer solchen Situation ein neues Schlichtungsgesuch einreichen, das Verfahren also von vorn beginnen. *Ausgeschlossen ist dies aber, wenn mit dem Schlichtungsgesuch eine Verwirkungsfrist gewahrt werden muss und diese – was in der Praxis in aller Regel der Fall sein dürfte – in der Zwischenzeit abgelaufen ist* (vgl. dazu auch MAAG, a. a. O., 162). Im Mietrecht sind solche Verwirkungsfristen häufig, so bei der Geltendmachung von Mängelrechten nach einer Mietzinshinterlegung (Art. 259h Abs. 1 OR), bei der Anfechtung des Anfangsmietzinses (Art. 270 Abs. 1 OR), bei einem Mietzinsherabsetzungsbegehren im laufenden Mietverhältnis (Art. 270a Abs. 2 OR), bei der Anfechtung einer Mietzinserhöhung (Art. 270b Abs. 1 OR), bei der Anfechtung einer Kündigung wegen Missbräuchlichkeit (Art. 273 Abs. 1 OR) und beim Begehren um Erstreckung eines Mietverhältnisses (Art. 273 Abs. 2 OR). Praktisch alle diese Verwirkungsfristen belasten den Mieter (eine – weitgehend theoretische – Ausnahme besteht nur bei einer Kündigung durch den Mieter, die gestützt auf Art. 271 Abs. 1 OR auch vom Vermieter als missbräuchlich angefochten werden könnte). *Eine juristische Person, die als Mieterin ein entsprechendes Verfahren anstrengt, muss daher ganz besonders gut darauf achten, dass sie die vom Bundesgericht aufgestellten Regeln über das Erscheinen vor der Schlichtungsbehörde genau einhält.* Ein spezielles Augenmerk ist dabei auch auf die formal korrekte Vertretungsbefugnis zu richten: Sind Organe oder Prokuristen nur *kollektivzeichnungsberechtigt*, so müssen entweder hinreichend viele kollektivzeichnungsberechtigte Personen an der Verhandlung teilnehmen, oder eine allein erscheinende Person muss durch andere Kollektivzeichnungsberechtigte zur Alleinvertretung bevollmächtigt worden sein (vgl. dazu auch BGE 140 III 70 E. 4.4 S. 73; MAAG, a. a. O., 165; BAUMBERGER/HOBI, a. a. O., Rz. 15 und Rz. 17).

Ist eine juristische Person Beklagte und lässt sie sich vor der Schlichtungsbehörde nicht korrekt vertreten, so verfährt die Schlichtungsbehörde, wie wenn keine Einigung zustande gekommen wäre (Art. 206 Abs. 2 ZPO), d. h., sie stellt entweder eine Klagebewilligung aus oder kann – sofern die Voraussetzungen von Art. 210 bzw. Art. 212 ZPO erfüllt sind – einen Urteilsvorschlag erlassen oder einen Ent-

scheid fällen. Für die beklagte Partei fällt eine Säumnis tendenziell weniger stark ins Gewicht als für die Klägerin, *aber im Mietrecht ist die Säumnis für die beklagte Vermieterin nicht risikolos*. So trägt sie bei einer Anfechtung einer Mietzinserhöhung durch den Mieter die Fortführungslast, wenn eine Klagebewilligung ausgestellt wird (Art. 209 Abs. 1 lit. a ZPO). Dasselbe gilt, wenn die Schlichtungsbehörde in den Fällen von Art. 210 Abs. 1 lit. b ZPO den Parteien einen für die Vermieterin ungünstigen Urteilsvorschlag unterbreitet und die Vermieterin diesen ablehnen will (Art. 211 Abs. 2 lit. a i. V. m. Art. 211 Abs. 3 ZPO). Daher lohnt es sich auch für eine juristische Person, die als Vermieterin beklagt wird, den vom Bundesgericht aufgestellten Regeln über das Erscheinen vor der Schlichtungsbehörde Beachtung zu schenken. Gemildert wird dieses Problem durch den Umstand, dass sich eine Vermieterin in vielen (aber nicht in allen) mietrechtlichen Prozessen vor der Schlichtungsbehörde durch die Liegenschaftsverwaltung vertreten lassen kann (Art. 204 Abs. 3 lit. c ZPO; detaillierter dazu MAAG, a. a. O., 163 f.). Handelt es sich bei der Liegenschaftsverwaltung ihrerseits um eine juristische Person, hat diese indessen wiederum die erwähnten Regeln zu beachten (HONEGGER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 204 N 11; nicht eindeutig dazu MAAG, a. a. O., 167, der unspezifisch nur von «Angestellten ohne Eintragung im Handelsregister» und nicht von «Handlungsbevollmächtigten» spricht, sowie PÜNTENER, Mietrechtspraxis, Rz. 257).

Schlichtungsbehörden haben die erwähnten Regeln auf jeden Fall dann strikt zu beachten, wenn eine juristische Person als Klägerin nicht korrekt zur Verhandlung «erscheint». Eine trotzdem ausgestellte Klagebewilligung ist ungültig, womit es in einem allfällig folgenden Gerichtsverfahren an einer Prozessvoraussetzung fehlt und auf die Klage nicht eingetreten werden darf (BGE 141 III 159 E. 2.1 S. 163; 140 III 70 E. 5 S. 74). Flexibler werden viele Schlichtungsbehörden in der Praxis demgegenüber oft in Mietstreitigkeiten reagieren, wenn eine juristische Person als beklagte Vermieterin nicht korrekt vertreten wird. Denn im Mietrecht mit seiner besonderen sozialen Sensibilität wird den Schlichtungsbehörden in der Regel viel daran liegen, zu einer gütlichen Einigung zu gelangen, die auch und gerade dem klagenden Mieter dient. In einem solchen Fall kann die Schlichtungsbehörde – auch wenn dies nicht dem «Buchstaben» des diskutierten Bundesgerichtsentscheides entspricht – mit den an

der Verhandlung anwesenden Personen einen Vergleich aushandeln, der im Nachhinein von der beklagten Vermieterin noch zu genehmigen ist (so ansatzweise wohl auch MAAG, a. a. O., 165). Die Schlichtungsbehörde muss im Einzelfall sorgfältig überlegen, ob es in den Fällen von Art. 210 Abs. 1 lit. b ZPO zielführender ist, den Parteien einen für die nicht korrekt vertretene beklagte Vermieterin ungünstigen Urteilsvorschlag zu unterbreiten und dieser so für den Fall der Ablehnung die Fortführungslast zuzuweisen oder zu einem provisorischen, von der Vermieterin im Nachhinein noch zu genehmigenden Vergleich zu gelangen. Das erfordert ein gewisses psychologisches Fingerspitzengefühl in der Beurteilung der (immerhin säumigen!) Vermieterin oder in den Fällen von Art. 204 Abs. 3 lit. c ZPO deren Liegenschaftsverwalterin. Ist – vielleicht aufgrund schlechter Erfahrungen in früheren Verfahren – tendenziell mit einer Verweigerung der Genehmigung zu rechnen, so empfiehlt sich ein Urteilsvorschlag.

Gegenstandslos sein dürften all diese Fragen, wenn die juristische Person nicht persönlich zur Schlichtungsverhandlung erscheinen muss, weil sie ihren Sitz in einem andern Kanton oder im Ausland hat (Art. 204 Abs. 3 lit. a ZPO). Diesfalls kann sie sich durch eine Person i. S. v. Art. 68 ZPO vertreten lassen. Ob Art. 204 Abs. 3 lit. a ZPO auf juristische Personen anwendbar ist, hat das Bundesgericht zwar noch nicht ausdrücklich entschieden (vgl. dazu die ausführliche Diskussion der Frage bei BAUMBERGER/HOBI, a. a. O., Rz. 39 ff.), immerhin aber angedeutet (BGE 140 III 70 E. 4.3 S. 72). Warum dies nicht möglich sein sollte, ist sachlich nicht einzusehen, auch wenn der Wortlaut von Art. 204 Abs. 3 lit. a ZPO nur von «Wohnsitz» und nicht auch von «Sitz» in einem andern Kanton oder im Ausland spricht (in diesem Sinne auch BAUMBERGER/HOBI, a. a. O., Rz. 39 ff.).

Zum Schluss sei noch darauf hingewiesen, dass die Schlichtungsbehörde die Befugnis hat, eine Partei, die der Schlichtungsverhandlung unentschuldigt fernbleibt, gestützt auf Art. 128 Abs. 1 oder Abs. 3 ZPO mit einer Ordnungsbusse zu bestrafen, sofern sie diese vorher angedroht hat (BGE 141 III 265; dazu einlässlich oben Ziff. V.). Eine solche Ordnungsbusse kann gegebenenfalls auch in Betracht gezogen werden, wenn eine juristische Person jemanden zur Schlichtungsverhandlung schickt, dem die Befugnis zu ihrer Vertretung fehlt (in diesem Sinne wohl auch MAAG, a. a. O., 163).

VIII. Summarexmission während eines hängigen Kündigungsanfechtungsverfahrens (Art. 64 Abs. 1 lit. a und Art. 257 ZPO)

BGE 141 III 262 (4A_184/2015)

Nach einer früheren ordentlichen Kündigung und einer späteren Zahlungsverzugskündigung je auf den 30. September 2015 hatte die Vermieterin der Mieterin am 12. November 2014 eine weitere Zahlungsverzugskündigung, diesmal mit Wirkung per 31. Dezember 2014, zukommen lassen. Gegen die letztere Kündigung wehrte sich die Mieterin am 18. Dezember 2014 bei der Schlichtungsbehörde Zürich. Da die Mieterin die Geschäftslokalitäten Ende 2014 nicht geräumt hatte, verlangte die Vermieterin am 9. Januar 2015 beim Einzelgericht am Handelsgericht des Kantons Zürich die Ausweisung im Verfahren nach Art. 257 ZPO (Summarexmission). Mit Urteil vom 20. Februar 2015 (Geschäfts-Nr. HE150002, abrufbar unter http://www.gerichte-zh.ch/fileadmin/user_upload/entscheide/oeffentlich/HE150002-O4.pdf) befahl der Einzelrichter der Mieterin, die Räumlichkeiten unverzüglich zu verlassen. Gegen dieses Urteil wehrte sich die Mieterin vor Bundesgericht erfolglos (vgl. zu diesem Urteil die Kurzbemerkungen von FRANÇOIS BOHNET, Procédure en annulation du congé et cas clair en expulsion, Newsletter septembre 2015 [abrufbar unter http://www.bail.ch/fileadmin/media/images/Arrets_bail/2015_Newsletter_Septembre/2_Analyse_4A_184_2015.pdf], und SUTTER-SOMM/LÖTSCHER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 257 N 38a f., sowie die Hinweise bei PÜNTENER, Mietrechtspraxis, Rz. 1035, URBAN HULLIGER, MRA 2016, 36 ff., 42, FLORIAN ROHRER, MRA 2016, 3 ff., 8, THOMAS GABATHULER/IRÈNE SPIRIG, plädoyer 3 [2016] 42 ff., 47, und MATTHIAS TSCHUDI, SJZ 2016, 330 ff., 331).

Vor Bundesgericht machte die Mieterin geltend, *das Handelsgericht hätte auf das Ausweisungsbegehren der Vermieterin wegen des bereits hängigen Kündigungsanfechtungsverfahrens nicht eintreten dürfen*. Das Bundesgericht sah dies anders und kam zum Schluss, dass ein Begehren um Ausweisung eines Mieters im Verfahren um Rechtsschutz in klaren Fällen nach Art. 257 ZPO grundsätzlich auch dann zulässig sei, wenn der Mieter die vorangehende Kündigung gerichtlich angefochten habe und dieses Verfahren (noch) hängig sei (BGE 141 III 262 E. 3.3 S. 265). Zur Begründung berief

sich das Bundesgericht auf die weit überwiegende Lehre und die kantonale Gerichtspraxis sowie speziell auch auf die Entstehungsgeschichte von Art. 257 ZPO. Die Materialien würden zeigen, dass das Parlament die früher geltende Regel zur Koordination von Kündigungsanfechtung und Ausweisung mittels Kompetenzattraktion beim Ausweisungsrichter (aArt. 274g OR) im Rahmen des Erlasses der Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 ersatzlos aufgehoben habe, weil es der Ansicht gewesen sei, dass das summarische Verfahren in der Variante nach Art. 257 ZPO – und nur in dieser – für die Gewährung von raschem Rechtsschutz ausreiche. Dabei sei es offenbar davon ausgegangen, im Ausweisungsverfahren nach Art. 257 ZPO könne vorfrageweise über die Gültigkeit der Kündigung entschieden werden, weshalb – in liquiden Fällen – mittels Gutheissung des klägerischen Begehrens eine Verzögerung der Ausweisung durch Abwarten des mietrechtlichen Kündigungsschutzes vermieden werde (BGE 141 III 262 E. 3.2 S. 263 f., m.Nw.).

Damit hat das Bundesgericht erstmals ausdrücklich entschieden, dass ein Kündigungsanfechtungsverfahren des Mieters im Verhältnis zu einem Ausweisungsverfahren des Vermieters keine Rechtshängigkeit i. S. v. Art. 64 Abs. 1 lit. a ZPO begründet, und zwar mangels Identität des Streitgegenstandes (BOHNET, a. a. O., Ziff. III.; siehe auch SUTTER-SOMM/LÖTSCHER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 257 N 38a), während es bisher in verschiedenen Entscheiden bloss implizit diesen Standpunkt eingenommen hatte (vgl. dazu die in BGE 141 III 262 E. 3.2 S. 263 erwähnten Urteile). Damit ist diese für den Mietrechtsalltag ausserordentlich wichtige Frage nun endlich auch höchstrichterlich geklärt.

Ganz unproblematisch ist diese (wie erwähnt von den kantonalen Gerichten längst vorweggenommene) bundesgerichtliche Praxis nicht (vgl. zur Problematik ansatzweise schon THOMAS KOLLER, ZBJV 2007, 831 ff., 860 f.; zustimmend demgegenüber SUTTER-SOMM/LÖTSCHER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 257 N 38a). Mit ihr kann zwar einem grundsätzlich legitimen Anliegen Rechnung getragen werden, verhindert sie doch, dass ein Mieter durch ein aussichtsloses Kündigungsanfechtungsverfahren seine Ausweisung massiv verzögert. Im Gegenzug muss allerdings bedacht werden, dass die Ausweisung eines Mieters in einem Summarverfahren unter verfassungsrechtlichen und EMRK-rechtlichen Gesichtspunkten heikel ist (THOMAS KOLLER, ZBJV 2014, 917 ff., 959,

sowie DERS., ZBJV 2013, 876 ff., 881 und 883). Das Summarverfahren ist von seiner Natur her in höherem Masse fehleranfällig als das vereinfachte oder das ordentliche Verfahren. Daher obliegt dem Summarrichter im Exmissionsverfahren eine besondere Verantwortung. Einen klaren Sachverhalt und klares Recht darf er mithin nur zurückhaltend annehmen (THOMAS KOLLER, ZBJV 2013, 883; ähnlich auch PÜNTENER, Mietrechtspraxis, Rz. 1036).

Das Bundesgericht hat diesen Bedenken in seiner bisherigen Rechtsprechung nach meiner Einschätzung Rechnung getragen, indem es hohe Anforderungen an die Liquidität der Sach- und der Rechtslage stellte (siehe dazu etwa BGE 138 III 123 und dazu THOMAS KOLLER, ZBJV 2013, 883). Für den vorliegenden Fall wird man dies ebenfalls konstatieren dürfen (so auch SUTTER-SOMM/LÖTSCHER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 257 N 38b), obwohl das Bundesgericht hier – anders als z. B. in BGE 138 III 123 – in Übereinstimmung mit der Vorinstanz von einer zur Gutheissung des Exmissionsgesuchs hinreichenden Liquidität der Sach- und Rechtslage ausging (vgl. dazu die nicht amtlich publizierte E. 4 des Urteils). Zu Recht rief das Bundesgericht in Erinnerung, *dass im Verfahren nach Art. 257 ZPO die klagende Partei sofort den vollen Beweis für die anspruchsbegründenden Tatsachen zu erbringen hat, während es für die Verneinung eines klaren Falles genüge, dass die beklagte Partei substantiiert und schlüssig Einwendungen vortrage, die in tatsächlicher Hinsicht nicht sofort widerlegt werden könnten und die geeignet seien, die bereits gebildete richterliche Überzeugung zu erschüttern* (nicht amtlich publizierte E. 4.2.1 des Urteils [Hervorhebung hinzugefügt]). Bei einer von der Mieterin angefochtenen Kündigung sei darüber hinaus zu deren Gunsten zu berücksichtigen, dass im summarischen Verfahren grundsätzlich die Verhandlungsmaxime gelte, im für den mietrechtlichen Kündigungsschutz vorgesehenen vereinfachten Verfahren dagegen die soziale Untersuchungsmaxime (Art. 243 Abs. 2 lit. c i. V. m. Art. 247 Abs. 2 lit. a ZPO). Damit das vom Gesetzgeber durch diese Bestimmungen verfolgte Ziel nicht über den Rechtsschutz in klaren Fällen unterlaufen werden könne, sei dieser gemäss der bundesgerichtlichen Praxis nur zu gewähren, *wenn keine Zweifel an der Vollständigkeit der Sachverhaltsdarstellung bestünden und die Kündigung gestützt darauf als klar berechtigt erscheine* (nicht amtlich publizierte E. 4.2.2 des Urteils, m.Nw. [Hervorhebung hinzugefügt]; dazu auch SUTTER-SOMM/LÖTSCHER, in:

Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 257 N 8 und N 38b, sowie NICOLAS SPICHTIN, Der Rechtsschutz in klaren Fällen gemäss Art. 257 ZPO – Echte Alternative oder Rohrkrepiierer?, in: Jusletter vom 15. August 2016, Rz. 10; PÜNTENER, Mietrechtspraxis, Rz. 1028).

Dem ist grundsätzlich zuzustimmen (ebenso SUTTER-SOMM/LÖTSCHER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 257 N 38b). Persönlich hätte ich zwar gedacht, dass im Falle einer Mieterexmission im Summarprozess ebenfalls der beschränkte Untersuchungsgrundsatz zur Anwendung kommt (THOMAS KOLLER, ZBJV 2013, 881; gl.M. MARTIN TANNER, ZZZ 2010, 263 ff., 267), was gemäss Bundesgericht offenbar nicht zutrifft (dem Bundesgericht auch insoweit zustimmend SUTTER-SOMM/LÖTSCHER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 257 N 8 und N 38b). Aber mit den vom Bundesgericht skizzierten Leitlinien, die sich kaum wesentlich von der sozialen Untersuchungsmaxime unterscheiden, kann man ohne Weiteres leben. Zu hoffen bleibt bloss, dass die kantonalen Summarrichterinnen und -richter diese Leitlinien im Alltag auch strikt beachten.

Zum konkreten Fall sei abschliessend noch ein Hinweis angebracht. Selbstredend kann sich der Mieter gegen die Summarausweisung nicht mit dem Einwand zur Wehr setzen, die Kündigung sei missbräuchlich, wenn er diese nicht fristgerecht als missbräuchlich bei der Schlichtungsbehörde angefochten hat (BGE 133 III 175 E. 3.3.4 S. 178; BOHNET, a. a. O., Ziff. III.). In casu hatte zwar die Mieterin die Zahlungsverzugskündigung vom 12. November 2014 angefochten, aber ob diese Anfechtung mit Eingabe vom 18. Dezember 2014 fristgerecht erfolgte, kann man weder dem vorinstanzlichen Urteil noch dem Bundesgerichtsurteil entnehmen.

IX. Schiedsgutachten bei Streitigkeiten über die Miete und Pacht von Wohnräumen (Art. 189, Art. 354 und Art. 361 Abs. 4 ZPO)?

BGE 141 III 201 (4A_92/2015)

Gemäss Art. 354 ZPO kann jeder Anspruch Gegenstand eines Schiedsverfahrens sein, über den die Parteien frei verfügen können.

Die Parteien können aber auch vereinbaren, dass über streitige Tatsachen ein Schiedsgutachten eingeholt wird; ein solches Schiedsgutachten bindet das Gericht hinsichtlich der darin festgestellten Tatsachen, wenn (unter anderem) die Parteien über das Rechtsverhältnis frei verfügen können (Art. 189 Abs. 3 lit. a ZPO). Art. 361 Abs. 4 ZPO hält demgegenüber fest, *dass in Angelegenheiten aus Miete und Pacht von Wohnräumen die Parteien einzig die Schlichtungsbehörde als Schiedsgericht einsetzen können.*

Im zu beurteilenden Fall hatten die Parteien in einem Mietvertrag dem Mieter einer 10-Zimmer-Villa an der Zürcher Goldküste ein Optionsrecht auf Verlängerung des Vertrages um fünf Jahre eingeräumt. Für den Fall, dass der Mieter von diesem Recht Gebrauch machte, war im Vertrag eine Anpassung des Mietzinses an die dann-zumal herrschenden orts- und quartierüblichen Marktverhältnisse vorgesehen. Sollten sich die Parteien nicht über den neuen Mietzins einigen können, wurde im Vertrag bestimmt, dass die Schätzungsabteilung des Hauseigentümerverbandes (HEV) Zürich den Mietzins für beide Parteien verbindlich festlegen solle. In der Folge übte der Mieter das Optionsrecht aus, war aber mit dem vom HEV Zürich in einem Schiedsgutachten festgelegten Mietzins nicht einverstanden. Im anschliessenden Prozess machte der Mieter geltend, es sei nicht zulässig, hinsichtlich der vertraglich vereinbarten Anpassung des Mietzinses an die orts- und quartierüblichen Marktverhältnisse ein für das Gericht verbindliches Schiedsgutachten einzuholen. Das Obergericht des Kantons Zürich kam zum Schluss, dass in Angelegenheiten aus Miete und Pacht von Wohnräumen von der Zulässigkeit von Schiedsgutachten auszugehen sei.

Das Bundesgericht sah dies anders (vgl. zu diesem Urteil die Besprechungen von FRANÇOIS BOHNET/PASCAL JEANNIN, *Expertise-arbitrage et fixation du loyer*, Newsletter juin 2015, abrufbar unter http://www.bail.ch/fileadmin/media/images/Arrets_bail/2015_Newsletter_Juin/2_15_juin_Analyse_4A_92_2015.pdf [übersetzt in SZZP 2015, 318 ff., 322 f.], und von CHRISTIAN EICHENBERGER/URBAN HULLIGER MRA 2016, 44 ff.; Hinweise bei PÜNTENER, *Mietrechtspraxis*, Rz. 650, COURVOISIER/WENGER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 354 N 18, MÜLLER, DIKE-Komm-ZPO, Art. 189 N 30, FLAVIO PETER, *ius.focus* 2015 Heft 6 Nr. 159, THOMAS GABATHULER/IRÈNE SPIRIG, *plädoyer* 3 [2016] 42 ff., 46 f., und MATTHIAS TSCHUDI, SJZ 2016, 330 ff., 330).

Zusammenfassend hielt das Bundesgericht fest, Art. 361 Abs. 4 ZPO entspreche dem klaren gesetzgeberischen Willen, zum Schutz des Mieters sämtliche Angelegenheiten aus Miete und Pacht von Wohnräumen umfassend von staatlichen Behörden entscheiden zu lassen, weshalb diese mietrechtliche Bestimmung – über den Wortlaut der allgemeinen Regelung von Art. 189 Abs. 3 lit. a ZPO hinaus – auch bei der Beurteilung der Zulässigkeit eines Schiedsgutachtens zu beachten sei. *Entsprechend sei es bei der Miete und Pacht von Wohnräumen aufgrund der strengen Einschränkung der Wahl des Entscheidorgans ausgeschlossen, bestimmte Fragen im Streitfall an einen privaten Dritten als Schiedsgutachter zu delegieren* (BGE 141 III 201 E. 3.2.3 S. 208 [Hervorhebung hinzugefügt]).

Grundsätzlich ist dieser Entscheid sachgerecht, wird so doch verhindert, dass die (materiellrechtlichen) Schutzbestimmungen des Wohnungsmietrechts auf dem verfahrensrechtlichen Umweg über die Bestellung von Schiedsgutachtern faktisch aus den Angeln gehoben werden können (gl. M. BOHNET/JEANNIN, a. a. O., Ziff. III.; zustimmend auch MÜLLER, DIKE-Komm-ZPO, Art. 189 N 30; insgesamt wohl ablehnend demgegenüber EICHENBERGER/HULLIGER, a. a. O., 53 ff.). Man muss sich einfach vor Augen halten, was es für den Schutz der Mieter vor missbräuchlichen Mietzinsen (Art. 269 ff. OR) bedeuten würde, wenn der Hauseigentümerverband als Schiedsgutachter die Höhe der orts- und quartierüblichen Mietzinse für die Gerichte verbindlich feststellen könnte. Dass dies dem Zürcher Obergericht offenbar keine Bauchschmerzen verursacht hat, ist bemerkenswert. Auf den ersten Blick liesse sich das vielleicht durch den Umstand erklären, dass im vorliegenden Fall der Mietzins für ein Luxusobjekt zur Debatte stand, auf den die Schutzbestimmungen von Art. 269 ff. OR nicht anwendbar sind (Art. 253b Abs. 2 OR; vgl. zum Luxuscharakter der gemieteten Villa Beschluss und Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 6. Januar 2015, Geschäfts-Nr. NG140002 [abrufbar unter http://www.gerichte-zh.ch/fileadmin/user_upload/entscheide/oeffentlich/NG140002-O3.pdf], E. 5.4.3, sowie die nicht amtlich publizierte E. 1.5 des hier diskutierten Bundesgerichtsentscheids; siehe auch EICHENBERGER/HULLIGER, a. a. O., 53). Effektiv liess sich aber das Obergericht gerade nicht von diesem Gedanken leiten. Das Mietgericht des Bezirksgerichts Meilen als erste Instanz hatte interessanterweise differenzierend festgehalten, mit einem Schiedsgutachten, das den Mietzins verbindlich festlege, würden die

Schutznormen von Art. 269–270e OR faktisch ausgeschaltet, weshalb im Anwendungsbereich dieser Bestimmungen ein Schiedsgutachten nicht zulässig sei, während es sich für Luxusobjekte i. S. v. Art. 253b Abs. 2 OR anders verhalte (E. 2 des obergerichtlichen Urteils). Das Obergericht dagegen fand diese vermittelnde Position nicht überzeugend, da sie im Gesetz keine Stütze finde. Der Anspruch auf Erhöhung des Mietzinses in Bezug auf Wohnräume sei daher unabhängig davon schieds(gutachter)fähig, ob die Bestimmungen zum Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen zur Anwendung gelangen würden (E. 5.2.1 des obergerichtlichen Urteils). Nun ist es in der Tat so, dass Art. 361 Abs. 4 ZPO nicht zwischen luxuriösen und nicht luxuriösen Wohnungen differenziert. Will man aus diesem Grund die vom erstinstanzlichen Mietgericht gemachte Differenzierung nicht akzeptieren, so ist es besser, wie das Bundesgericht die Schieds(gutachter)fähigkeit aller Streitigkeiten über Mietzinse zu verneinen. *Für nicht luxuriöse Mietobjekte ist der Entscheid des Obergerichts schlicht unhaltbar.* Die vom erstinstanzlichen Mietgericht vorgenommene Differenzierung hat demgegenüber viel für sich. Bei einem luxuriösen Mietobjekt können die Parteien den Mietzins völlig frei bestimmen. Warum sie dessen Festsetzung nicht einem Schiedsgutachter überlassen können sollen, ist vom Ergebnis her nicht einzusehen (so im Ansatz wohl ebenso BOHNET/JEANNIN, a. a. O., Ziff. III., und eventuell auch EICHENBERGER/HULLIGER, a. a. O., 54 f.). Der Verzicht des Bundesgerichts auf eine solche Differenzierung ist aber zumindest vom Wortlaut von Art. 361 Abs. 4 ZPO gedeckt.

Über einen Punkt hatte das Bundesgericht im vorliegenden Fall nicht zu befinden. Streitigkeiten in Angelegenheiten aus Miete und Pacht von Wohnungen sind der Schiedsgerichtsbarkeit nicht generell unzugänglich. Die Parteien können immerhin (aber nur) die Schlichtungsbehörde als Schiedsgericht einsetzen (Art. 361 Abs. 4 ZPO). Das wirft die Frage auf, ob die Schlichtungsbehörde auch bloss als Schiedsgutachterin bezeichnet werden könnte (befürwortend EICHENBERGER/HULLIGER, a. a. O., 54 und 55 f.). Das Bundesgericht interpretierte die im Streit stehende vertragliche Klausel (zu Recht) nicht dahin gehend, dass anstelle der Schatzungskommission des HEV Zürich die Schlichtungsbehörde als Schiedsgutachterin zu gelten habe (dazu auch BOHNET/JEANNIN, a. a. O., Ziff. III.; tendenziell kritisch dazu demgegenüber EICHENBERGER/HULLIGER, a. a. O., 55 f., unter Hinweis auf Art. 20 Abs. 2 OR). Vielmehr führte es aus, die vertraglich vereinbarte

Mietzinsanpassung an die orts- und quartierüblichen Marktverhältnisse sei nach der Rückweisung erneut zu beurteilen. Dabei sei darüber zu befinden, welche Beweismassnahmen hierzu erforderlich seien (BGE 141 III 201 E. 4 S. 209). Damit hat es – zumindest für den konkreten Fall – die Schlichtungsbehörde als Schiedsgutachterin ausgeschlossen (vgl. dazu auch das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 28. Mai 2015, Geschäfts-Nr. NG150010 [abrufbar unter http://www.gerichte-zh.ch/fileadmin/user_upload/entscheide/oeffentlich/NG150010-O1.pdf], E. 2). Ob Schlichtungsbehörden generell als Schiedsgutachter ausgeschlossen sind, ist noch offen; in casu hat das Bundesgericht nur befunden, *Schiedsgutachten privater Dritter seien nicht zulässig* (BGE 141 III 201 E. 4 S. 209).

Art. 361 Abs. 4 ZPO erwähnt nur die Miete und Pacht von Wohnräumen, findet also auf alle andern Miet- und Pachtverhältnisse nicht Anwendung. Demgemäss ist für solche Verträge – insbesondere also für die *Geschäftsraummiete* – die Vereinbarung eines Schiedsgerichts oder eines Schiedsgutachters zulässig (BGE 141 III 201 E. 3.2.3 in fine S. 208 f.).